



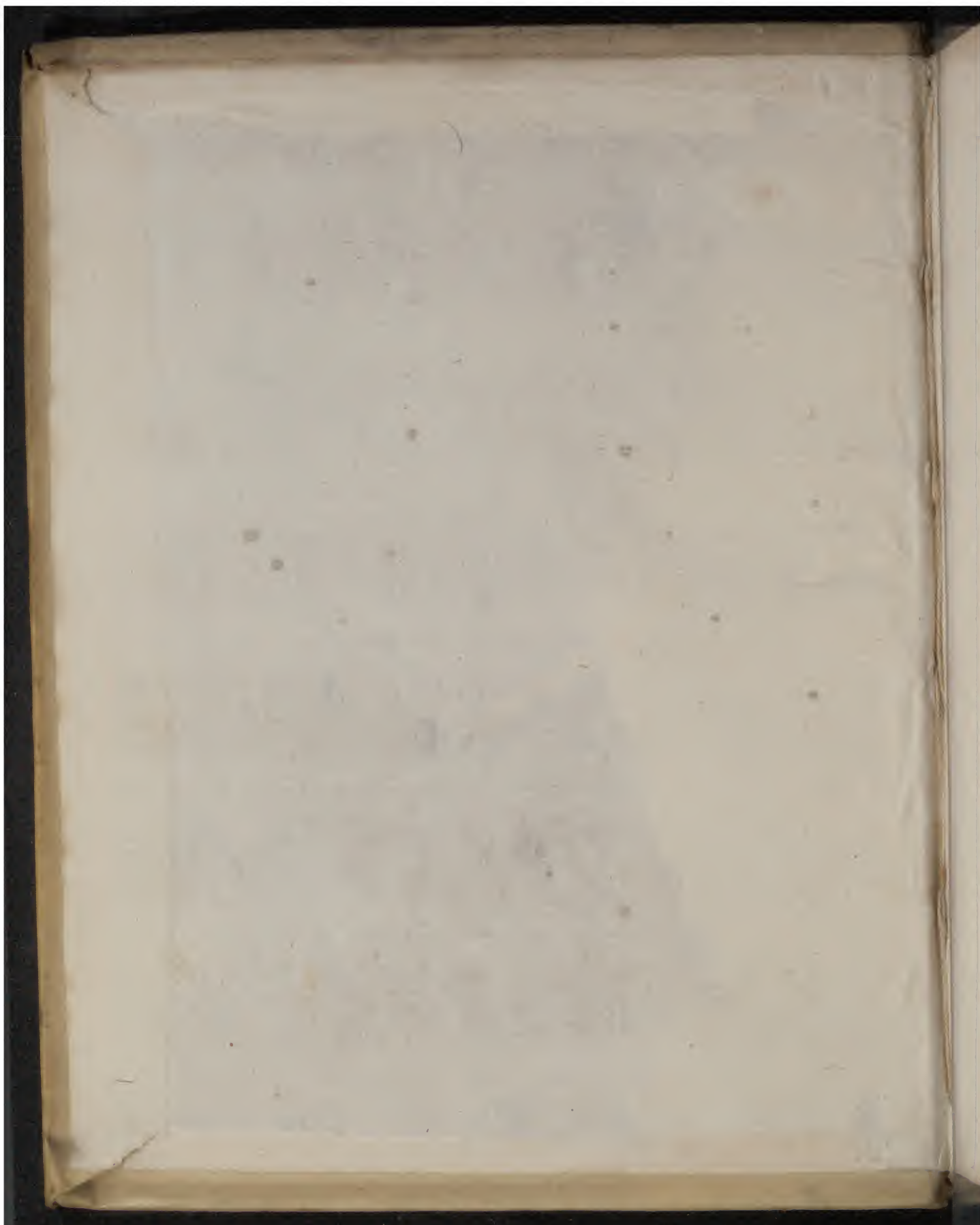
Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
374 C 29

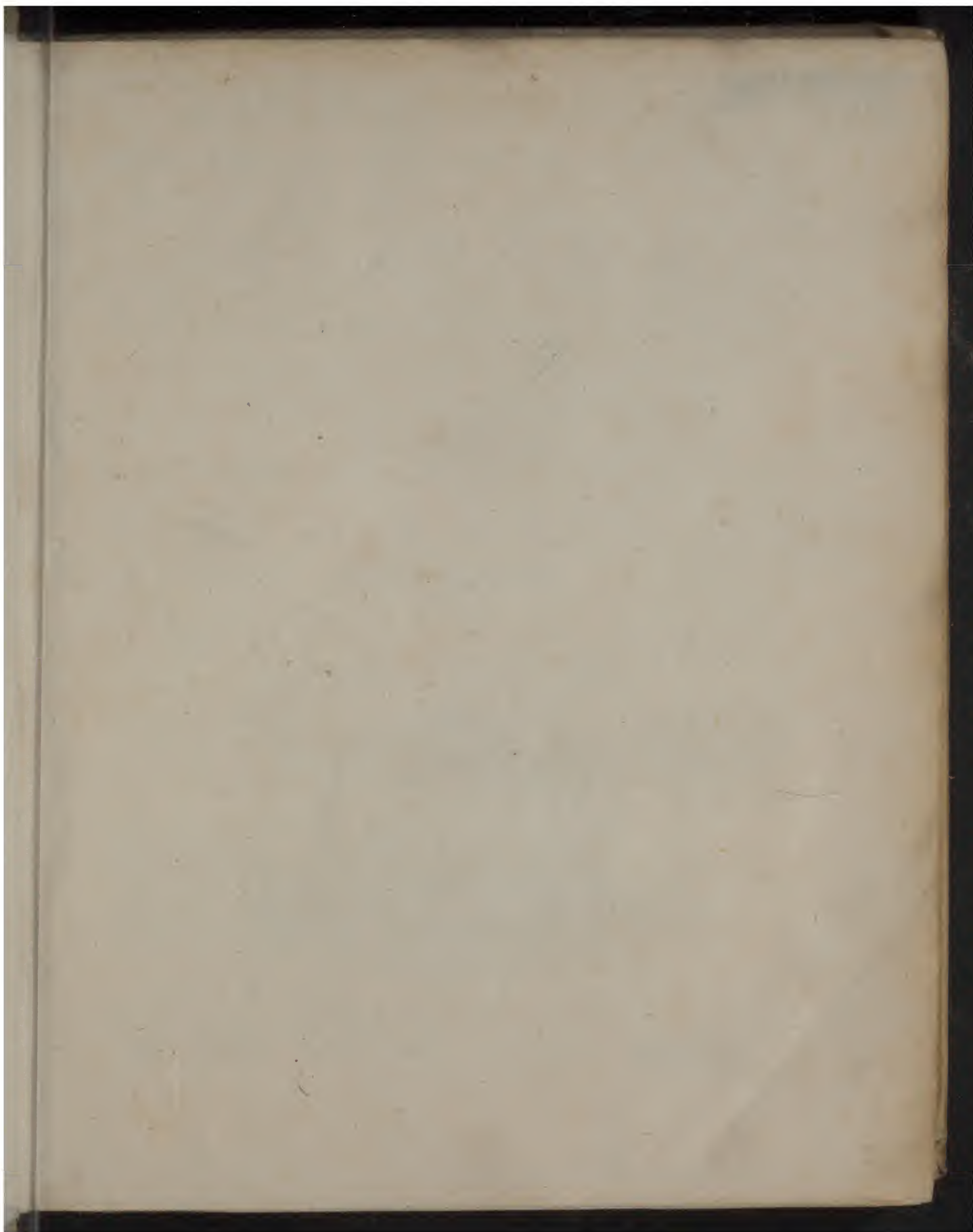


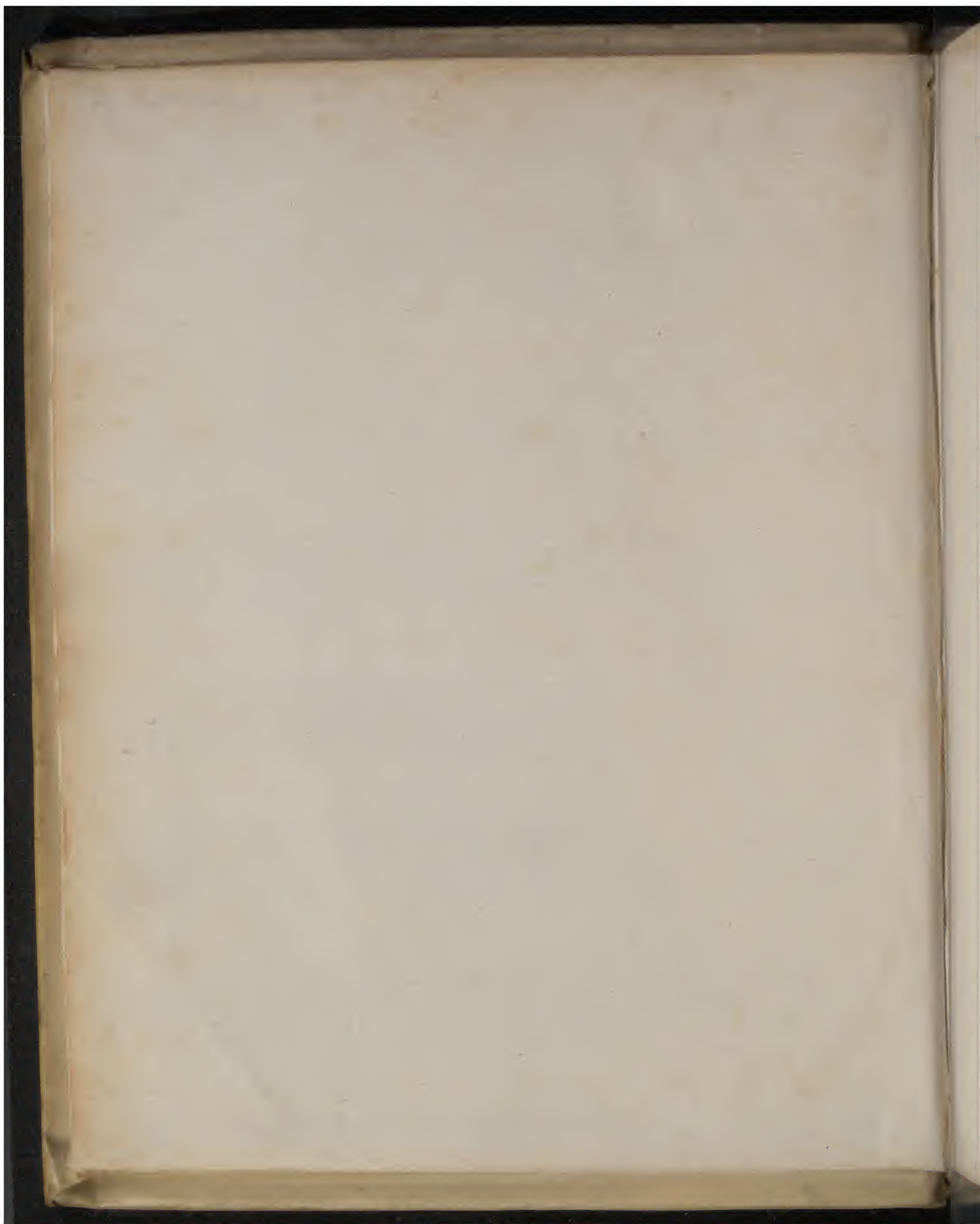
Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
374 C 29



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
374 C 29







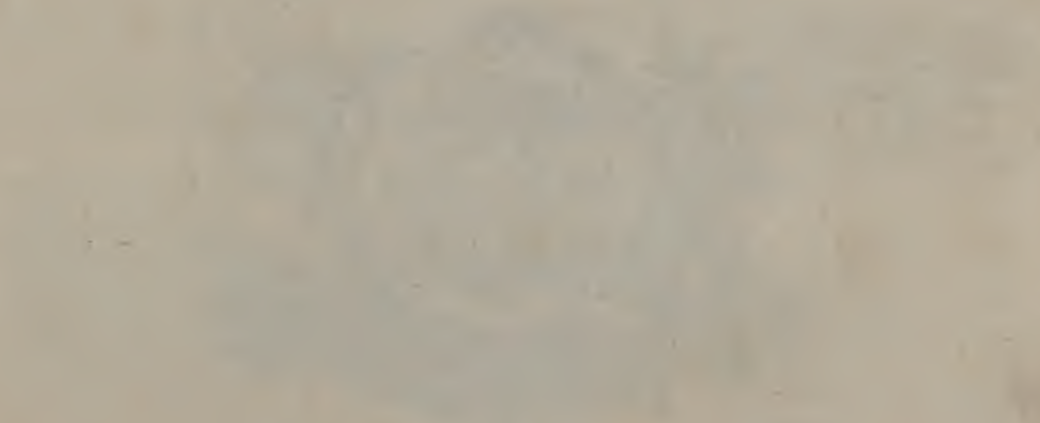
16 a 94

TRACTATUS DE INO

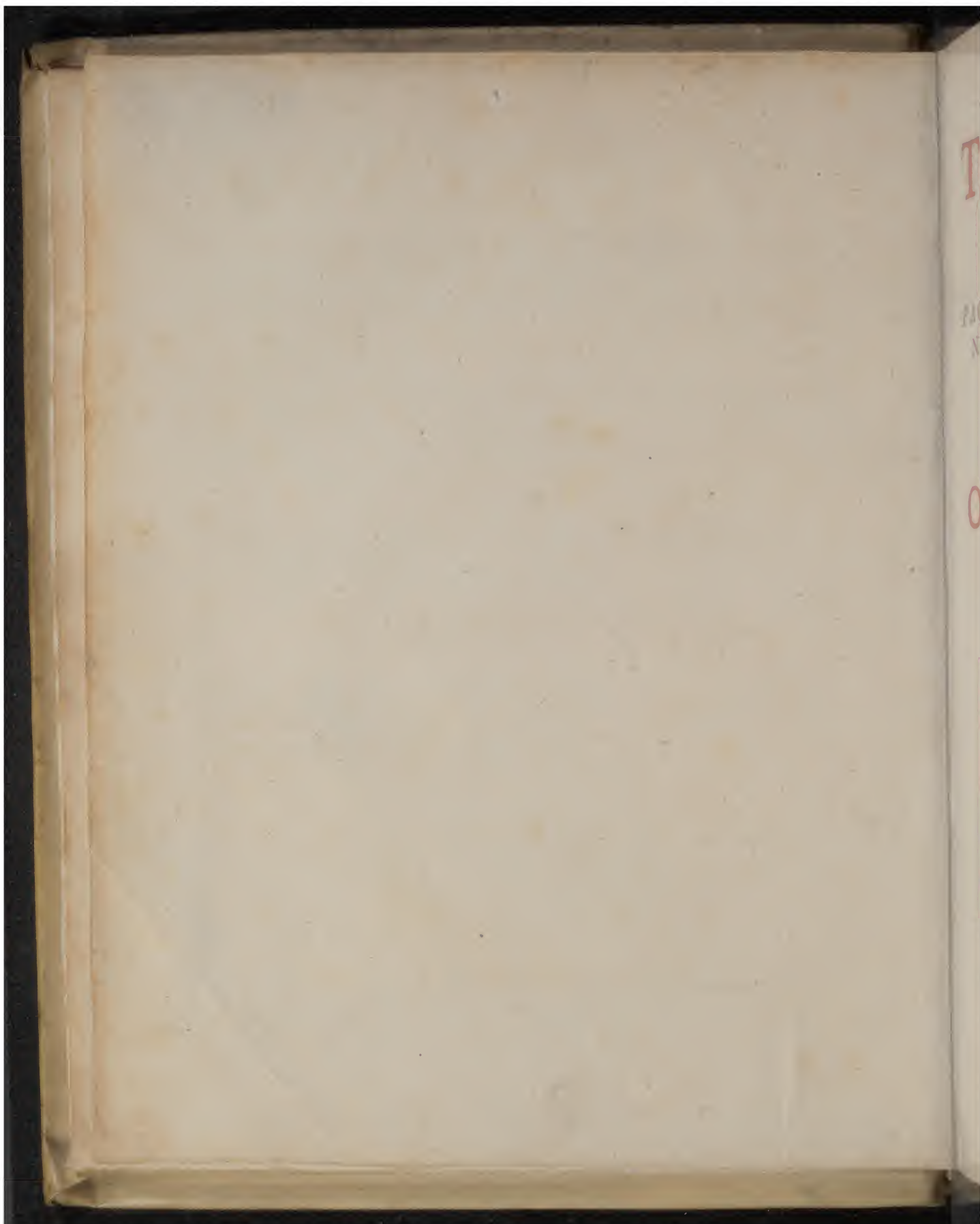
DE INO
DE INO
DE INO

OPERATIONES

OPERATIONES
OPERATIONES



OPERATIONES
OPERATIONES



W 374 C 29

ARNOLDI VINNII J.C.
TRACTATUS
QUINQUE,

DE
PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIO-
NIBUS, TRANSACTIONIBUS, ET QUÆ-
STIONIBUS JURIS SELECTIS.

Quibus additæ Sunt

SIMONIS VINNII ARN. FIL.

ORATIONES

Dux & alia quædam,

CUM

INDICIBUS LOCUPLETISSIMIS.

Ediitio quinta auctior & prioribus emendatior.



ULTRAJECTI,
Ex Officina THOMÆ APPELS, Bibliopolæ.
M D C. XCVIL

TRACTATUS
GULIO

IN
RE
PUBLICA
ROMANA

ORATIONES

IN
RE
PUBLICA
ROMANA



ULTRAJECTI
T. OFFICIN. THOMAS AVELL. D. 1800.
M.D.C.XCII.

Nobilissimis & Amplissimis Viris,
D. D. PRÆTORI, CONSULIBUS,
CÆTERISQUE PROCERIBUS
REIPUBL. HAGACOMITENSIS.

Nobiles & Amplissimi Viri,



Nnus jam vertitur undevicesimus, ex quo
impetrata honesta missione præfecturam
ludi vestri literarii deposui, postquam in
ca functione annos prope tredecim ver-
satus fueram. Quo quidem toto tempo-
re ita me in eodem munere gessi, ut plane persuasum
mihi habuerim, fidem, ac sedulitatem meam & vestræ

*

2

am-

DEDICATIO.

amplitudini, & bonis omnibus spectatam fuisse, probatamque cunctis non iniquis omnino aut imperitis rerum aestimatoribus. Sed & vos eam in me voluntatem ac beneficentiam semper ostendistis, ut dubitare non deberim, quin quicquid usui nobis atque ornamento esse potuisset, id libenter & cupide curaturi fuissetis. Cujus rei nulla unquam me capiet oblivio. Et quamvis ex eo, quod haecenus nulla re palam testatus sum, meum erga vos studium atque observantiam, fortassis aliquis suspicaturus sit, deletam jam dudum apud me ac sepultam esse omnem vestrorum in me meritorum memoriam; tamen sic velim vobis persuadeatis, me & amplitudinis vestrae observantissimum semper fuisse, & acceptorum quondam a vobis beneficiorum semper memorem fore, dum memor ipse mei. Neque vero unquam ego de mutando genere functionis cogitassem, aut ad eam, quam nunc per gratiam Dei publice profiteor, disciplinam me contulissem, nisi fato ad jurisprudentiam, cui ab adolescentia totum me tradideram, tota indole latus fuisset. Non veram coacta ingenia male respondere, & occurrebat tritum illud, nihil invita Minerva. Quamobrem etsi per ceterarum quoque honestarum artium cultum bonam ætatis partem transegeram, ut vel cuivis functioni literariæ abunde sufficere posse viderer: tamen etiam hoc ipso ad professionem juris amplectendam, & vel magis incitabar; gnarus disciplinam juris ita esse comparatam, ut
nisi

DEDICATIO.

nisi ab hujusmodi præsidiis opem petat, eam omni suo apparatu atque honore, & tantum non ingenuitate spoliari necesse sit. Quin & jam cum adhuc ludo vestro præessem, præludere cæpi, & subcisivis temporibus ingenio meo furtim obsecundare. Testes sunt illæ partitiones nostræ juris civilis, sive quatuor illi libri Jurisprudentiæ contractæ, quos eodem tempore & composui, & Haggæ vestræ Comitibus typis excusos etiam evulgavi. Postquam autem Deo Opt. Max. sic ordinante juris civilis interpretandi munus in illustri Bataviæ nostræ Lyceæ mihi impositum est, ex eo tempore majus otium nactus ad hæc studia magis serio & bona fide tractanda atque excolenda, variis scriptis, & iis quidem, quæ summorum virorum judicio digna visa, quæ lucem aspicerent, egregiam meam voluntatem de jurisprudentia omnique re literaria bene merendi, & quantum in me est, commoda studiofæ legum juventutis promovendi, testatus sum. Cæterum in nullo horum aliquod grati erga vos animi documentum dedi, & observantia illa, qua, ut par est, vos semper colui, hætenus publico testimonio apud amplitudinem vestram caruit. Quod equidem non sine rubore cogor agnoscere: & ut verum fatear, non defuit facultas. Sed apud æquos & bonos judices etiam moræ purgatio est. Quapropter cum in præsentia & res & tempus occasionem mihi obtulissent hunc erga vos animum & observantiæ studium publice testificandi, feci, quod of-

*

3

ficii

DEDICATIO.

ficii sui non omnino securos facere decet, oblatam occasionem avide arripui: & quia nulla re videbar posse summam & enixam meam voluntatem ostendere evidentius, quam si operam darem, ut hæc insigniore aliquo testimonio publicata extaret, adhibui, quatuor interpretes, qui privatim apud vos, publice apud alios hac opera fungerentur. Quatuor illos Tractatus Academico-forenses intelligo, quos nomini vestro dicatos cum eadem testificatione in publicum exire jussi, ut quo pluribus exponeretur hic noster labor, eo ad plures quoque eadem testatio perveniret. Nihil aliud hic mihi propositum fuit, Nobiles. & amplissimi viri, quam hoc unum, ut vobis hunc animum & singularem voluntatem meam præclaro aliquo elogio testatam facerem, atque a me amolirer, quod in homines ingratos & beneficiorum immemores vulgo dici solet, *μετὰ τὴν δόσιν λάχιστα γράσκει χάρις*. Confido fore, ut etiam vos, pro humanitate vestra, hoc *μνημόσυνον*, tanquam perpetuæ in amplitudinem vestram observantiæ pignus, accepturi sitis, vobisque habituri. Dabam Lugduni Batavorum postridie Nonas Aprilis. cloc
lo cli.

V.V. A.A.

observantissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Pactis.

I	Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.	Pag. 1
II	De pactis seu conventionibus publicis.	7
III	An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit.	9
IV	De pactis legitimis.	11
V	De conventionibus nudis.	14
VI	De vinudarum conventionum.	21
VII	Aliarum præter Romanos gentium nostris hodie moribus, ac jure Canonum ex nuda conventionem actionem dari.	26
VIII	De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.	29
IX	De pactis incontinenti contractibus adjectis.	40
X	An pacta incontinenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis.	46
XI	Quenam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum.	52
XII	De pactis tacitis.	56
XIII	De pactis in rem & in personam deque eorum vi ac potestate.	62
XIV	Qui cum quibus pacisci possunt.	64
XV	An quis pactione sua alteri nocere aut prodesse queat.	70
XVI	Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut debitori fidejussoris profit: & de pacto unius e duobus reis.	74
XVII	De pactis majoris partis creditorum.	77
XVIII	De quibus rebus pacisci possumus.	79
XIX	De pactis circa successiones.	84
XX	De pactorum cæterarumque conventionum interpretationes.	89
XXI	De effectu & potestate pactorum.	93

SYLLABUS CAPITUM

TRACTATUS

De Jurisdictione & Imperio.

I	De imperio mero.	98
II	De iis, quæ præcipue circa Imperium merum quærenda.	102
III	An meri imperii exercitio mandari possit.	104
IV	Soline Principi iisve, qui summam in republ. potestatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.	106
V	De jurisdictione, quam vocant Simplicem.	108
VI	De jurisdictione ordinaria & extraordinaria, contentiosa & voluntaria.	111
VII	De	111

VII	<i>De mixto imperio.</i>	113
VIII	<i>De jurisdictione propria & mandata.</i>	117
IX	<i>Quando jurisdictione mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.</i>	122
X	<i>De jurisdictione prorogata.</i>	125
XI	<i>De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.</i>	129
XII	<i>Quibus modis jurisdictione finiatur.</i>	133

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS

De Collationibus.

I	<i>DE significatione hujus dictionis collatio.</i>	137
II	<i>Collatio qua contemplatione introducta, aucta aut restricta.</i>	137
III	<i>Quid sit collatio.</i>	140
IV	<i>Inter quos locum habeat collatio.</i>	141
V	<i>An alii prater descendentes collatione fungantur.</i>	145
VI	<i>De diverso jure succedentibus.</i>	147
VII	<i>De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.</i>	149
VIII	<i>De filio & ex eo nepote institutis: item de filia instituta, quae alias extantibus masculis statuto excluderetur.</i>	151
IX	<i>Quando seu qua in successione locum habeat collatio.</i>	152
X	<i>De bonis collationi obnoxiiis.</i>	154
XI	<i>De collatione adventitiorum.</i>	157
XII	<i>De collatione dotis & donationis propter nuptias.</i>	158
XIII	<i>De collatione sumptuum prater dotem & donationem propter nuptias.</i>	162
XIV	<i>De collatione lucri, quod filii fam. industria partum ex re patris: item eorum, quae relictæ per speciem ultimæ voluntatis.</i>	167
XV	<i>De collatione simplicis donationis.</i>	169
XVI	<i>De modo conferendi, & pœna non conferentis.</i>	175
XVII	<i>De fine & effectu collationis.</i>	179

SYLLABUS CAPITUM TRACTATUS

De Transactionibus.

I	<i>DE usa verbi transfigere, quid sit transactio, & quid differat a pacto.</i>	182
II	<i>Quibus modis transactio fiat.</i>	185
III	<i>Qui transfigere possunt.</i>	187
IV	<i>De quibus transfigere possumus.</i>	192
V	<i>De transactione facta super his, quae testamento relictæ.</i>	198
VI	<i>An & quatenus de alimentis transfigere liceat.</i>	202
VII	<i>Quatenus in causis criminalibus transactio permittitur.</i>	210
VIII	<i>De vi & effectu transactionis.</i>	220

ARN.

ARN. VINNII JC.
TRACTATUS

DE

PACTIS.

CAPUT I.

Quid pactum, pactio; conventio, pactum conventum.

1. Pacti & pactionis definitio.
2. Pactum & pactio idem, & No. 5.
3. Pactum generali significatione idem, quod conventio, & No. 7.
4. Actus plus est in specie, quam in genere: genus, Symbolum communis specierum essentiae.
5. Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.
6. Praetorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.
7. Pacta conventa quomodo praetor servet.
8. Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium.
9. Quid sit illud in idem.
10. Pactum speciali significatione passim pro pacto nudo.
11. Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per se positum.
12. Pactum conventum proprie non est pactum ἡσυχαστον.
13. Quid nostris pactum conventum dicitur, Graeci Jurisconsulti reddiderunt σύμφωνον simpliciter.
14. Si quando pactum, aut pactum conventum pro instrumento pacti usurpatur, tropica locutio est, non propria.

1. **P**ACTUM sive pactio est duorum vel plurium in idem placitum & consensus. Placitum & consensus. Constant. Harmenop. lib. 1. tit. 9. c. 1. ὁρίσκειν καὶ συγκαταθεῖσθαι, Synops. Attaliata tit. 6. ἀρεσκεία & συναίνεσις. In Pandectis Florentinis legitur, in idem placitum consensus. Ceterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in l. 1. §. 2. hoc tit. & eodem modo ab eodem auctore pactum in l. 3. de pollicitis.

2. Unde apparet utrumque idem esse, atque æque late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad d. l. §. 2. hoc tit. In una l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & aliquot §§. seqq. eod. plus sexies promiscue pacti & pactio-

A

pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto existit, sive obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem probabili ratione. Nam in *l. 1. §. 1. eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3. Sed & pactum generali significatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod & ipsum definitio pacti evidenter ostendit. Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus, necessario unum ex his tribus sequitur, ut aut contractus idem sit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti species: atqui nec idem est, quod pactum, nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: necesse igitur est pacti esse speciem.

4. Nihil officit, quod plus est in contractu, quam in pacto generaliter sumpto: nam semper actu plus est in specie, quam in genere. Quippe genus non est particeps differentiarum, & *μὴτέστι τὸ ἀσφόδρον* ut docet Aristoteles *Philos. 7. 12.* & ut Porphyrius *c. 3. ἀσφ. ὅτι ἐστὶν ἡ ἀσφοδρὶς τὸ εἶδος τῶν ῥόδων.* & mox, *ἡ δὲ δύναμις μὲν πάσας ἔχει τὰς τῶν ὁψὲν ἀσφοδρῶν ἐνέργειας, ἡ δὲ οὐσία οὐδὲν.* Id est, genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ sub ipso sunt, actu vero nullas. Etsi autem tota essentia speciei non est in genere: tota tamen generis essentia æqualiter inest in singulis speciebus; semperque genus, ut latius patens, de specie sua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo est amplius quid, quam animal seu corpus animatum sentiens; omnis tamen homo est animal: e converso vero non omne animal est homo. Similiter contractus est aliquid amplius, quam pactum in genere sumptum, seu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus est pactum sive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum est contractus: verbi causa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, nec non negotio alicui adjectæ, licet sint pacta, contractus tamen non sunt. Unde Græci Jurisconsulti pactum, quod *σύμφωνον* vocant, fieri dicunt *ἐπὶ τῷ συστήναι, ἢ ἀγλυσθῆναι* ad contrahendum vel distrahendum: contractum vero *ἐπὶ τῷ συνίστασθαι ἐνέχῃ, & τὴν ἐπὶ τῷ ἐπερὶ ποιῆσαι ὑποδύοναι*, ad constituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5. Hoc quod dicimus, verum esse manifeste quoque arguunt hi loci, *l. si domus. 8. l. solent. 15. de præscript. verb. l. legem. 10. C. hoc tit.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur, quod illud actionem non pariat, ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis. item *l. 6. C. de jur. det.* in cuius specie matris pactum dicitur actionem præscriptis verbis constituere. Constat autem inter omnes actionem præscriptis verbis non dari, nisi *ἐκ συναλλάγματος* ex contractu, *d. l. 7. §. 2. hoc tit. & pass. tit. de præscr. verb.*

6. Adhæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo. 71. pro soco* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari pactum conventum societatis; & mox iterum pactum conventum de societate. Idem quoque evincitur ex eo, quod in *l. si unus. 27. §. 2. vers. idem dicemus. hoc tit.* Paulus scribit, consensu contractam obligationem, & re integra contrario pacto sublatam, veluti empti; novissimo pacto non resuscitari; sed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud est, quam si dixisset, posterius pactum novum esse contractum, novam emptionem? Sane sic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa. 72. pr. vers. an idem. de contr.*

contr. empt. Item ex *l. traditionibus. 20. C. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni; ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus nominatos intelligi. *fac. §. 3. Inst. de empt.* Denique cum usufructus & servitutes prædiorum dicuntur constitui pactionibus & stipulationibus, *§. 1. Inst. de usufr. §. ult. Inst. de serv. præd.* per pactiones necesse est, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti *c. 1. de pact. n. 6. & seqq.* nec non eorum quoque errori, qui asserunt in usu juris nostri non tantum pactum, pactionem, conventionem, sed etiam contractum pro eadem re sumi, nihilque interesse, contraxisse aliqui dicantur, an pacti esse vel convenisse: hoc enim non minus absurdum est, quam si quis dicat, idem significare genus & speciem, animal & hominem: pactio enim & conventio nomina sunt generis, contractus nomen speciei. Itaque etsi qui contraxerunt, etiam pacti esse & convenisse recte dicuntur, quod solum probant: tamen ex converso non omnes, qui dicuntur pacti, dici possunt inisse contractum, ut non multo ante demonstratum est, & plenius demonstrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia: sed falso: ac ne unum quidem reperiri credimus, qui idem asserat, aut qui neget, quod illi negant, ea quæ sub diversis vocibus idem significant, esse synonyma aut *ισοδυναμῆτε.*

7. In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa. d. l. 7. §. ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpret edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non sunt: quod & ipsum certum argumentum est, pactionem, pactum, conventionem, conventum idem valere & declarare; quemadmodum etiam convenire & pacisci plerumque pro eodem dicimus. Sic promissum & promissio, præceptum & præceptio, iussus & jussio, inventum & inventio, & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant: etque in hisce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio, cur si pacti aut pactionis nomen æque generale sit, atque conventionis, Ulpianus in *l. 1. §. 3. ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id esse? Respondeo perperam ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non esse: nam ex definitione, quæ præcedit, satis intelligitur hoc verbum generale esse: sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt; quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. n. 10.*

8. At dices, huic sententiæ consequens est, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur a sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & *ἀποπρ* argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob causam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem rememorandam pertinent: sola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis fere hoc titulo tractatio Jurisconsultorum sit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad l. 1. ff. hoc tit. & lib. 2. disput. c. 8.* Respondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis, edicere intelligitur de conven-

tionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l. 1. §. 3. l. 7. pr. §. 1. §. 2. eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt; quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta; sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l. 7. §. quinimo. ff. hoc tit.*

9. Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa servabo*, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones aut actiones dando. *l. inter coheredes. 44. §. 1. fam. ercisc.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus. *l. 1. ff. commod.* Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparata sunt, dando exceptionem: si vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut honorario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta. *l. 6. l. 7. §. quinimo. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit, arg. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tum pacti verbum in specie sumitur pro pacto nudo, quomodo & passim absolute positum a veteribus accipitur. *d. l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. l. 10. C. eod. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Non enim novum est, ut idem verbum & generis nomen sit, & speciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. satis probant.

10. Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unus tantum vel testantis voluntas, vel voventis aut offerentis promissum spectatur. *l. 12. in fin. de legat. 1. l. 2. l. 3. de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id est, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promissione stipulanti facta, & pro pacto convento accipitur. *l. ea quæ. 43. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. per. de dot. coll. l. 6. C. de dot. prom. l. 5. C. de contr. stip.* Votum autem est pollicitatio Deo facta. *c. 6. §. 7. ext. de vot.* Cicero definit sponsonem, qua Deo obligamur.

11. In idem valet in eandem rem, quæ recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subiectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expresse addiderunt, *ἐπὶ τῇ συστάσει ἢ γὰρ ὁρίσας, ἢ ἀλλοτρίως τι.*

12. Effectum igitur hæcenus est verba hæc, *pactum, pactio, conventum, conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Cæterum, ut ante quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet, & a veteribus passim pro

pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur, usurpari solet: atque hoc etiam usu venit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum*. l. 7. §. *quinimo*. l. *si unus*. 27. in fin. hoc tit. l. *pacta conventa*. 72. de contr. empt. l. 4. l. ult. de pignor. cum similib.

13. Atque ego quidem existimo idem plane esse pactum conventum, quod pactum per se positum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur plerumque ἀσύνθετος, ut & aliæ quædam, veluti *aquum bonum*, *purum putum*. *sarta recta*; idque fit rei magis explicandæ gratia τὸ ἑκαστὸν. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcinn.* *Quæ judicia, aut stipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba ita deflectere velimus?* Juvenalis Satyr. 6.

Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostra

Tempestate paras.

Ubi non satis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. de *benefic.* *Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur.* & apud Paulum lib. 1. *recept. sentent.* titulus primus inscribitur de *pactis & conventis*. Reipsa autem nihil interest, utrumque, an alterum solummodo exprimitur.

14. Claudius Salmatius, sæculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie esse id pactum, quod scriptura interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, lib. de *mod. usur. c.* 12. Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injuste interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, qua ille usus est adversus alios: nec abnuo, quin ille ipse mihi iudex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minime quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiat pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto prætor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad cætera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonæ fidei judiciis. l. 7. §. *quinimo*. 5. ff. hoc tit. Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuscumque seu justæ conventionis, uti & passim promiscue hæc nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in Pandectis inscribitur de *pactis dotalibus*. in Codice inscriptus est de *pactis conventis tam super dote*, &c. certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἀνυπόθετα, quam ad ὑποθήκα; nec ulla est in toto illo titulo Codicis constitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa l. 4. ff. de *pignorib.* qua D. Salmatius utitur ad opinionis suæ confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Gajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligata.* Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis, sicuti est & in his obligationibus, quæ consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypothecæ sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. Non ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis

scriptura interveniente paciscitur, sed generaliter, cum quis paciscitur; ac proinde etiam cum paciscitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil interesse, quibus verbis fiat, & posse etiam sine scriptura fieri, ac prorsus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi consensus, in quibus, ut substantiam capiat obligatio, sufficit consensum quomocunque declarari. l. 2. ff. de oblig. et act. Ex hoc igitur loco Gaji non illud evincitur, quod contendit D. Salmasius, pactum conventum esse, quod scripto consignatum est, sed quod nos asserimus, pactum conventum Gajo idem esse, quod pactum simpliciter siue nudam conventionem; fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana. 7. in fin. Inst. de action. Quod si per pactum conventum intelligeret σύμφωνον μεγεμμένον, falsa esset collectio Jurisconsulti, sibi quippe ipse contradiceret.

15. Sed neque Græci Jurisconsulti, quod pactum conventum nostris dicitur, reddiderunt γεμεμμένον ut idem vir illustris existimat; verum σύμφωνον simpliciter. Titulo Codicis de pactis conventis tam super dote, &c. respondet titulus apud Constantinum περί γαμικῶν συμφωνῶν & in Basilicis περί πωλείας, καὶ τῆς αὐτῆς πάλαι ἡτοιμασμένης συμφωνίας. Constantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; ὑποθήκη μὲν ἐστὶ τὸ πωλούμενον τῷ χρεώστῃ ὑποθήκην ἔχειν τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γεμεμμένον, ἵνα κεν τὸ χρεὺς ἰκανώσῃ, non interpretatur locum aut verba Gaji in l. 4. ff. de pign. et hypoth. sed exprimit sententiam Ulpiani in l. 9. §. 2. ff. de pign. act. ubi Jurisconsultus inter pignus & hypothecam hoc ait interesse, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem transit; hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem: idque ita esse patet ex eo, quod mox apud Constantinum sequitur, εἰς χεῖρας ἔχειν τὸ δανειστῇ. Pignus autem est, quod creditori in manus traditur. Idem lib. περὶ πωλείας εἰς χεῖρας λαμβάνει τὸ πωλούμενον τῷ δανειστῇ τὸ μὴ πωλούμενον, ἀλλὰ συμφωνηθέν ὑποθήκη ἐστίν. Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero sine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca est. Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo consistit, quod hæc ἐξ ἀγράφως illud ἀγράφως contrahatur: sed quod hæc pacto convento, id est, ψιλλῇ συμφωνίᾳ, illud non nisi re tradita. §. item Serviana. in fin. Inst. de action. §. ult. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l. 9. §. 2. de pign. act. instrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet. Igitur εἰς γεμεμμένον Harmenopulo non est per pactum conventum, sed instrumento pacti conventi: quippe qui non ideo γεμεμμένον meminit, quod sine instrumento hypotheca non contrahitur, sed quia probationis causa scriptura fere adhiberi solet. d. l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fid. instrum. cum similib. In Basilicis autem lib. 25. tit. 2. sententia Gaji in d. l. 4. de pign. his verbis expressa est; ὅς ἐστι τῶν ἐνοχλῶν τὴν ἐνχοσίαν τῶν ἐπὶ παντὸς συναλλάγματι συναίνεστας, ἢ τῶν καὶ ἡ ὑποθήκη συμφωνησάτων οἰοισθεσθαι ῥήμασι δὲ ἀγράφως τὰ γὰρ ἐξ ἀγράφως ἀλλὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεσθαι. Id est, quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio astringat de re qualibet consentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuscunque verbis, etiam citra scripturam: nam scriptura probationis causa fiunt, &c.

16. Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores usurpari pro instrumento, in quo pactum conventum descriptum est, uti & apud Ulpianum in l. duo societatem. 71. ff. pro soc. sed tropica ista locutio est; non propria, sumpto per metonymiam contento pro continente, ejusdemque tropi usus occurrit etiam in voce pactum. l. 7. §. quod fere. 12. ff. hoc tit. ibi. quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri. id est, novissima parte instrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id di-

xerit

xerit pactum proprie esse conventionem scriptam. sic per eandem figuram lex accipitur pro tabulis legis *l. cum debere. 33. ff. de serv. præd. urb. l. si in lege. 24. ff. locat.* & passim apud alios cautio & obligatio pro chirographo. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred. l. 5. ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l. 7. C. de non num. pec.* stipulatio pro stipulationis instrumento. *l. 1. §. pen. ff. de edend.* Cicero, partitionib. *Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabula, pactum conventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut *συμβόλαια* *ἔκδοχα*, sive *καὶ ἀνταρκαί* & *συμφωνήτων*, instrumenta pactorum ac conventorum, appellent *συμβόλαια* simpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ a D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAP. II.

De pactis seu conventionibus publicis.

1. *Publica conventio quid, & a quibus fiat, & No. 4.*
2. *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
3. *Privata conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo, &c.*
4. *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
5. *De quibus rebus duces belli recte paciscantur.*

PACTIONUM sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ. *l. conventionum. 5. ff. hoc tit.* De conventionibus publicis parcius differemus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententiæ illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum, etiam & Poëtarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1. *Publica conventio, definitore Ulpiano in l. conventionum. 5. ff. hoc tit. est, quæ fit ex causa publica.* Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsent, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus *d. l. 5.* quid sit publica pactio declarat duobus exemplis: *Publica, inquit, conventio est, quæ fit per Principem, (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non per pacem, quod idoneum sensum non habet.) aut quoties inter se duces belli quædam paciscuntur.* Græci hunc locum sic reddunt, *δημόσια ἢ (σύμφωνα) τὰ πρὸς ἐξουσιασάν ἐν ἡγεμόνων ἰσχυρῶν, πρὸς εἰρήνην τυχόν, ἢ ἄλλό τι πᾶσι* publica conventiones sunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale. Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempub. spectantibus recte atque utiliter paciscatur, sive pacem sive aliud quodcumque fœdus cum hostibus faciat: siquidem pactioes inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2. Sed

2. Sed quæritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse. arg. l. 1. §. 2. in verbis, *sunt enim quædam publice utilia. ff. de just. & jure. c. in nostra. ibi pro bono concordia. ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiamsi facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat: & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore possessa sunt, quæ si a possessoribus auferantur, multa concuti & perturbari necesse sit. Optimæ conciliationes sunt, quæ iram & offensarum memoriam delent, & ut ait Isocrates *Plataic. εἰρήνην δ' οὐκ ἐπὶ ἀποδοῦναι μνηστικαὶν ἀλλ' ἐπὶ ἡσυχίᾳ, in pace non decet ante maiorum recordari.* Et omnino in fœderibus incundis non tam cogitandum est de faciendi in præsens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, sed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum implicentur, ut disputat Dionys. Halicarnassensis lib. 3. Exemplum habemus apud Val. Maximum lib. 4. c. de animi moderatione, de Thrasybulo, qui cum civitatem Atheniensium triginta tyrannorum sævitia liberasset, plebiscitum interposuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipsis vocitata est. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio consulere volens sequendum esse censuit, *Philipp. 1. in princ. Bodin. lib. 2. de repub. c. 5. & lib. 5. c. 6. Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 20. Duar. ad l. 5. ff. hoc tit. Gail. 2. obs. 57. & de pace publ. n. 25. Matt. Cuno tract. de pact. c. 22. per tot. vide & Vasq. 1. contr. 4.*

3. Pacti vero non publici, sed privati species est, cum Princeps paciscitur aut contrahit cum subditis, verbi causa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps: & verissimum est, quod vulgo jacetatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus solutus esse dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus observantiam adstringi non debeat. Lex naturalis est, quæ fidem servare jubet: qua proinde neque populi consensu, neque senatus auctoritate solvi potest.

4. Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus d. l. 5. hoc tit. de ducibus belli inter se paciscentibus. Non tantum igitur Princeps, iive, qui summum imperium habent, pacta cum hostibus inire publicæ utilitatis causa possunt: verum etiam ducibus belli idem permissum est. Cæterum belli duces non nisi de iis rebus, quæ ad administrationem belli pertinent, deque his, quæ ipsis concessa intelliguntur, jure pacisci possunt. Unde petenda decisio quæstionis, quæ ab interpretibus movetur, an a ducibus belli citra principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5. Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agefilai responsum ad Persas fuit, *εἰρήνην τὴν πρὸ λιν εἶναι κλέρον, pacis arbitrium penes civitatem esse.* Eumenes apud Livium lib. 37. *Qui rata ista pax erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregerimus?* Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem reliquum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri.* Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponso populum Romanum obligavit.

6. Plane

6. Plane inducias dare ducum est, nec summorum tantum, sed etiam minorum, sed iis solum, quos oppugnant, aut obsessos tenent, & se suasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli historia apud Livium *lib. 24.* declarat. Manifeste igitur labitur Bartolus in *d. l. 5. ff. hoc tit.* cum simpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipse loquitur, capitaneum guerræ posse facere treugam seu inducias indicere. Rursum ducibus non competit homines, imperia, agros bello quæsitos concedere: qua de causa Syria Tigrani adempta, quanquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda sunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tam ex vi potestatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæsitæ condonare omnino in ducum est potestate: quia homines cum oppidis sæpe se dedunt sub conditionibus vitæ salvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus summæ potestatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur *Grot. lib. 3. de jur. belli & pac. c. 22. add. Bodin. lib. 5. de repub. c. 6.*

CAP. III.

An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit?

1. Etiam hostibus fidem datam servandam esse.
2. Dolus malus est post fidem datam hostem fallere.
3. Explanatio l. 2. C. de commerc. & mercat.
4. Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.
5. Promissionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus servandam esse.

FIDEI observatio est ex jure gentium. *l. 1. ff. hoc tit. l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur. l. bona fides. 31. ff. de pos.* Itaque cum jure gentium quælibet justa pæctio vim obligandi habeat, apparet etiam hosti fidem datam servandam esse: nam & cum hostibus jus gentium colitur. *l. ult. ff. de legationib.* Utique enim si cum hostibus quoque sit communio juris gentium, cum iisdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio sit necesse est. Silius Italicus *lib. 25.*

— Optimus ille

*Militiæ, cui postremum primumque tueri
Inter bella fidem.*

Denique si fidem hostibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde sequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurritur ex Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum esse, & pro solertia haberi, si quis contra hostem aliquid machinetur, cumque fallat. Cui non absimile illud Augustini in *c. dominus. caus. 23. quæst. 2.* *In justo bello ad justitiam nihil interest, aperte an ex insidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo discrimine virtutis ac doli prosperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2. Respondeo, id verum esse concedo, antequam fides data est: at fides semel data servanda est, quia cum hoste jus gentium colimus. Augustinus *Epist. 1. ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum est in *c. noli. caus. 23. quæst. 2.* *Fides, inquit, quando promittitur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur.* Hinc est, quod qui legatos

B

tos

tos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus. *d. ult. de legation. Liv. lib. 15. § 38. Cic. Verrin. 3.* Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluserunt, & perfidiæ velamentum quæstiverunt Thraces, qui olim pacti aliquot dierum inducias, noctu excursiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est; cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib. 11.*

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3. Udalricus Zasius objicit huic sententiæ *l. 2. C. de commerc. & mercat.* Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse. *l. Divus Hadrianus. 6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subducere, quod licet; aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hispania, & alibi non licet. & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπίρητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξ ἁγῶν, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut πῖσις ἢ νευπηγήσιμα ὕλη, abies, pix, stappa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4. Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non sunt justi & legitimi hostes. *l. hostes sunt. 24. ff. de capt. & postlim.* Cæterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis est communio juris gentium. *l. bona fides. 31. ff. de pos.* Non habent quidem isti specialem istam communionem, quam inter hostes in bello solenni introduxit jus gentium: attamen quia homines sunt, communionem habent juris naturæ, ex quo nascitur, ut pacta sint servanda. *Cæsar lib. 3. de bell. civil.* aperte scribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compositione, legatosque ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pacificationibus confecit, vitam illis pollicitis, & sedes, in quibus sine rapto viverent: & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatam a Lucullo: alii id genus alia. At inquires, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius civitatis, hi a quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respicimus. Qui vero puniri possunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut recte disputat Cicero *lib. 3. de offic.* Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum: potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum malefico actum esset: at si quando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum ceteri debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet, ne actus in vanum recidat. *l. quotiens. 12. l. ubi. 21. de reb. dub.* Non male apud Livium *lib. 34.* Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti. & mox: Jam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigistis.* addit, *Si quid ego mutassem, mihi mea inconstantia; cum vos mutetis, vobis vestra ratio reddenda est.* *Grot. lib. 3. de jure. bell. c. 19. n. 3. & seqq.*

5. Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempub. aliudve atrox facinus

facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi causam datur, eos non decipi non modo suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quandam, ne scilicet cæteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit. *add. Bodin. lib. 5. de republ. c. 6 Grot. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 19. & 4. seqq. Hotom. illustr. contr. c. 7. Cunon. tract. de pact. c. 29. n. 33. & seqq.*

CAP. IV.

De pactis legitimis.

1. *Legitima conventio quid.*
2. *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.*
3. *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.*
4. *Exemplum pacti legitimi recentius, sc. quo dos promittitur.*
5. *Alia nova species, pactum donationis.*
6. *Item alia, qua usura argentariis promittuntur.*
7. *Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.*
8. *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipso jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & additio in diem.*
9. *Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.*
10. *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitima.*

PRIVATA conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiari: Eaque vel legitima est, vel juris gentium. *l. 5. ff. hoc tit.*

1. Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem: nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet. §. 1. *Inst. de obligat.* hoc tamen non obstante conventiones juris gentium appellantur. *l. juris gentium. 7. pr. ff. hoc tit.*

2. Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. hoc tit.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam. 30. ff. de usur.* item in *l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fæn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. quod ipsum, & a Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum est. *l. periculi. 5. §. 1. d. tit.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate sit introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari; ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecu-

niæ nauticæ spectat, ex quo navem navigare convenit. *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis non debentur. *l. Titius. 24. ff. de præscr. verb. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 3. C. de usur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævola ostendunt particulæ *etiam*.

3. Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis suppeditat *l. frumenti. 12. C. de usur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a consiliis fuit, rescribit, etiam ex nudo pacto accessionem sive usuras frumenti vel hordei mutuo dati præstandas esse: in quo item jus est singulare; nam regulariter, ut jam dictum est, usuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, nisi in stipulatum deductæ fuerint. *l. 1. l. 3. C. eod.* Huic autem speciali juri forte causam præbuit utilitas & necessitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino sunt necessariæ, & quarum ob id usu minus carere possumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æstimatio & pretium subinde mutatur, pro varietate locorum & temporum. *§. si quis agens. Inst. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc causam *Ἀπὸ τοῦ ἀδελφὸν καὶ κατὰ πῶν*, placuit majores recipere usuras frugum quam pecuniæ mutationem. *l. oleo. 23. C. de usur.* de quo præclara quædam apud D. Salmaf. *lib. de mod. usur. c. 8.*

4. At post tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta sunt constitutionibus Principum. A Theodosio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur. *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss.* Quamquam autem connanus *lib. 5. comm. c. 3.* & Donellus ad *l. legem. 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda esse conventionem, cui subsit causa, videlicet ipsa nuptiarum coitio; propterea quod promissioni dotis semper insit hæc conditio. *si nuptia fuerint secuta. l. stipulationem. 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promissionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis est, ut id falsum sit. Nam si ratio illa, qua utuntur, bona esset, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in se negotium & causam, quod utique aperte falsum est. Sed nec quodlibet factum ad constituendum contractum innominatum intervenire sufficit, verum tale intervenire necesse est, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod sit fundamentum *συναλλαγῆς* & actionis civilis. At tale factum non est, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex causa *facio ut des* datur actio aut præscriptis verbis in id, quod interest, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum est in casu proposito, & dos plerumque exigitur conditione certi. Quid quod & post contractas nuptias dos promitti potest, ut hic quoque pactum sit utile ad exactionem. per *d. l. 6.* Denique novum in *d. l. 6.* jus constitui ex eo satis apparet, quod etiam ante illam constitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit. *l. 5. §. 3. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & recte itaque Græci apud Harmenop. *lib. 4. tit. 8. §. 13.* *ὅτι πατὴρ ἐπαγγελίᾳ χρησάμενος ὁ πατὴρ ἀπὸ τοῦ υἱοῦ. l. c.* ex nuda promissione pater dotem debet. Cæterum hujus disputationis nulla amplius hodie videtur esse utilitas, postquam auctoritate constitutionis Justinianæ *l. un. C. de rei ux. act.* semper fingatur intervenisse stipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD. comm. post Gloss. Cyn. & Salic. in d. l. 6. de dot. promiss.* dissentit tamen Fortun. Garz. in *l. 6. ff. hoc tit. n. 23.* & seqq. contendens stipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi intervenisse in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expresse repugnent.

5. Constitutione Justiniani confirmatum est pactum donationis, quod in præsens conce-

conceptum est, seu quo quis in præsentia se donare dicit, veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Justinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui. *l. si quis argentum. 35. §. ult. C. de donat. §. 2. Inst. eod.* Quod si pactum donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos, manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus. in fin. C. de appell.*

6. Eiusdem Principis constitutione Novella 136. c. 4. cautum, ut usurae etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent *δὲ πρὸς ἀργύριον* sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem bestes, argentariis præstandas esse, etiam si modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum. *l. quod in stipulatione. 31. l. tutor. 41. §. ult. ff. de usur. τὰς γὰρ πᾶσι χρὴ εἶναι τοῖς δεικνύουσιν ἐπὶ τοῖς ὀντάς ἐνηγήσας ὅτι ἀντὶ τῆς δικαιοσύνης καὶ τῆς ἀντιλήψεως ἀδικεῖν,* ait Justinianus *d. Nov. 136. c. 4. lib. 24. Basil. tit. 4. c. 4.*

7. Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *att. 3. in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam cæteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet. *tit. ff. C. de pecun. constit. item conventio de pignore. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventionem pignus obligari, creditorque constitui jus in re. *l. 1. ff. de pign. att.* ac pro re ista persequenda etiam actionem creditori edicto propositam esse, actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam. *§. item Serviana. 7. Inst. de action.*

8. Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuriarum agatur. *l. si tibi. 17. §. 1. l. si unus. 27. §. 2. vers. sed si pactum. §. 4. ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit. *l. 7. §. si paciscar. 14. in fin. ff. eod. Gell. lib. 20. c. 1.* Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur. *l. 4. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l. 5. d. tit.* utique si cum pretio quancunque pactus sit. *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desiit, secuta scilicet traditione, nisi aliud diserte placuerit. *l. 2. ff. de addict. in diem. l. 1. l. 2. ff. de leg. commiss.*

9. Optime igitur Jurisconsultus Græcus responso *ἐπὶ ψιλῶν συμφ.* *τῶν ἰδιωτικῶν συμφῶν,* inquit, *ὅτι μὲν κατὰ νόμον πρὸς τὴν δόξιν ἰδιωτῶν κυρεῖται, καὶ ἔκτετα καὶ ἀναίρεται ἀνὰ γὰρ,*

ἀγωγῆς, ἐκ τῆς αὐτῆς ἀπὸ τῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ ἀποτιθέσθαι τὴν τιμὴν τῆς ἰσχύος καὶ ἐνέργειας
 ἀποσειληφόται καὶ ἀποτιθέσθαι ὅτι ἐὰν ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνως ἡκούσῃ ἀγωγή, καὶ λυέται καὶ τὸ αὐτὸ δι-
 κησιον ἀγωγή, ἀλλὰ ἐκ λεγόμενοι καὶ μενέοντες ἐπικέκληται. id est, Pactorum privatorum quaedam
 lege aliqua vel senatusconsulto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; at-
 que huiusmodi vim ac potestatem acceperunt a legibus aut constitutionibus specialiter de ipsis
 promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio nascatur, & ipso jure dissol-
 vatur: quæ appellantur conventiones legitimæ. Cujusmodi autem hæ conventiones sunt,
 mox declarat huiusmodi θεωρηματις ὅτι ἐπαγγέλλομαι ἀποκρίξαι πινὰ καὶ ὅτι πόλις δανείξω σε
 συμφωνήσας λαμβάνειν τέκνα· ἀποτιθέσθαι καὶ ἐπὶ τῇ ἐνισχύσει γημερόν, σύμφωνοι, καὶ ἀνταποδοθῆναι ἢ,
 πικτὸς ἀγωγὴν πρὸς Σεργιανὴν. ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνως ἡκούσας σήμερον, καὶ αὐτὴ τῇ ἐξ ἡμέρας
 καὶ δέκα ἡμέρας. id est, cum alicui me dotem daturum polliceor, & cum civitas pecuniam fœneri dans
 usuras sibi paciscitur: sicut & facta super pignore pactio, licet tacita sit, actionem Ser-
 vianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictionem ex lege. Et ite-
 rum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur,
 δεικνύει, inquit, ἐπὶ συγχωρήσας τὸν furto, καὶ τὸν injuriarum.

10. Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis,
 a quo & formam accepit: nam cum sit conventio, l. 1. §. 3. ff. hoc tit. nec tamen con-
 ventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in l. 5. ff. eod. aut
 cum ad conventiones juris gentium non possit, referatur ad legitimas. De acceptila-
 tione idem judicium esto. Sed & literarum obligationem legitimam conventionem ha-
 bet, nempe confirmatam constitutionibus. Inst. de liter. oblig. Cæterum in contractu
 literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in sti-
 pulatione & acceptilatione verbis contrahitur aut solvitur, non consensu solo. Ni-
 mirum jus civile interdum robur addit conventionibus adjiciendo certam formam,
 interdum simpliciter confirmando: & hujus posterioris generis conventiones pro-
 prie in usu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut supra dixi, manente simplici
 ac nuda conventionis forma speciali aliqua lege aut constitutione confirmantur;
 arg. l. legitima. 6. ff. hoc tit. καὶ τὸν νόμον ἡδὲ τὸν νόμον ἡδὲ τὸν νόμον ἡδὲ τὸν νόμον, ut Græci.

CAP. V.

De conventionibus nudis.

1. Nuda conventionis definitio variis exemplis illustrata.
2. Eadem confirmata Græcorum auctoritate.
3. Pactum non desinit esse nudum interveniente scriptura.
4. Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehenduntur.
5. Nudam conventionem passim in libris nostris appellari pactum simpliciter.
6. Pactum nudum non explicationis tantum causa dici, sed etiam discretionis.
7. Vox nudum quid hic significet.
8. Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.
9. Confutatio argumenti primi.
10. Contradictoria esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.
11. Locum nudum notam esse discretionis, non alienationis.

12. In

12. In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.
13. Nunquam significari conventionem aliquam oppositam pacti.
14. Nusquam indefinite traditum ex pacto actionem nasci: sed contrarium, non nasci.
15. Apud Ulpianum l. 7. §. 4. hoc tit. aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgata interpunctionis.
16. Quid sit, placiti fine stare.
17. Pactum nudum etiam id, quod serium: alias pacti nomen non mereri.
18. Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.

PRIVATÆ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgo magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in l. juris gentium. 7. §. 1. 2. & 4. ff. hoc tit. l. si dominus. 8. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. C. hoc tit.

1. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem. dd. l. l. si tibi. 27. C. de locat. ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hereditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2. Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ *ψιλά σύμφωνά* vocant, definiunt, nempe quæ neque *ἰς ἰδίαν μετεπίπτον ὄνομα συναλλάγματι*, ἔπ' ἐπὶ τῷ *αὐτοῦ ἰσχυρῶς* γίνεσθαι. *respons. αὐτὸ ψιλ. συμφ.* & mox iterum *ibid. ἔσθ' ὅταν γὰρ ἡ τοῦ ψιλὸν ἐπὶ σύμφωνον, ὅ μὴ εἰς ἰδίαν μετεπίπτον ὄνομα συναλλάγματι*, ὅ μὴ ἐπὶ τῷ αὐτῷ γίνεσθαι ἰσχυρῶς, ἢ γρησμένης, *αὐτοῦ ἐν δόσει ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσεως*. Nudum pactum est, quod non transit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat. & apud Harmenopulum lib. 1. tit. 9. αὐτὸ ψιλ. συμφ. ἢ νύκα μὴ *αὐτοῦ ἰσχυρῶς* δόσει, ἀλλὰ μόνον *ὅταν ἡ ἐπὶ δόσει*. Cum non præcesserit datio, sed tantum de dando convenerit.

3. Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse definit, arg. l. 7. §. quod fere. 12. ff. hoc tit. quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi, sed duntaxat probationis gratia adhibeatur. l. 4. ff. de instrum. hoc etiam D. Salmaf. ubi sup. c. 12. Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima. l. legitima. 6. ff. hoc tit. Cæterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari solent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis, & ad differentiam stipulationis. l. etiam. 30. ff. de usur. l. frum. 12. C. eod. tit. quanquam huc non pertinent.

4. Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparisonem rei, cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ sunt a traditione, etiamsi alias nudi placiti terminos egrediantur. l. traditionib. 20. C. hoc tit. l. qua ratione. 9. §. interdum. 5. ff. de acq. rer. dom.

5. Nuda.

5. Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, sæpe etiam in libris juris nostri pactum simpliciter appellatur. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 4. & seqq. ff. hoc tit. l. legem. 10. C. eod. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. si tibi. 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 5. C. de contr. stipul.* Ex quibus locis apparet idem valere, ex pacto actionem non nasci, atque ex nudo pacto non nasci. Neque tamen ideo assentiendum Cujacio ad *l. 1. ff. hoc tit.* aut Wesenb. *parat. eod.* qui contendunt, pactiorem nunquam nudam dici *κατὰ φύσιν*, sed pactum omne, ut nudum est, ita etiam sic appellari suo perpetuo epitheto, explicationis causa, non distinctionis, quasi esset aliquod pactum, nudo oppositum & vestitum: nam quod nudum pactum etiam simpliciter pactum appellatur, id fit more Jurisconsultis usitato, quibus familiare est, idem nomen nunc in genere, nunc in specie usurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Wesenbecius verbis *d. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* ubi Ulpianus ex proposita conventionione actionem oriri ait, quia non sit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non nasci, item *d. l. legem. 10. C. hoc tit.* quo loco Imperator, quod dici solet ex pacto actionem non nasci, id tunc obtinere rescribit, cum pactum nudum est. Unde profecto plus quam manifestum est, pactum nudum non tantum explicationis causa dici, verum etiam discretionis gratia, quod quædam pacta sint non nuda, quæ docendi causa interpretes vulgo appellant vestita, non tam inepto sensu, quam nomine: nec tamen nomine prorsus inepto.

6. Nudum autem hic minime vox est alienans, ut quidam ausi sunt asserere sine ulla auctoritate & contra perpetuum usum juris & omnium scriptorum, sed nudum dicitur per translationem solum & simplex, quod tantum pactum sit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. si tibi. 27. C. de locat.* quod nudo sine placiti stat; unde & solum pactum dicitur. *l. major annis. 23. C. de pig.* Similis translatio est, cum nudum consensum, nudam proprietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, simplex, nullis velata coloribus *ψιλὸς λόγος* apud Aristotelem *3. Rhetor.* oratio prosa & soluta, quasi nuda ornamentis, minimeque convestita. & apud Demosthenem *κατὰ φύσιν λόγος* opponitur *ἐς κατὰ τελεωμένον*. oratio nuda ornata vestitu apud Ciceronem *lib. de clar. orat.* Quamobrem cum de re constet, hoc est, esse quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile sit de nomine litem movere, & offendi verbo *vestiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto distinguant, quod nudum non est. Denique tantum non meræ nugæ sunt, quæ superiori distinctioni objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quosdam acutos vocant, ideo alii sint obtusi: ut enim ita non appellantur, sunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppositi, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum sane non acutum, sed obtusum fuisse necesse est, qui in publica disputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & vestitam, illico obmutuisse dicitur. Quoniam vero sunt, qui hanc pacti in nudum & vestitum distributionem ex alia parte vellicant, quasi pactum nudum seu pactio aut conventio nuda non sit species pacti aut conventionis, cui proinde nec pactiõis definitio conveniat, etiam adversus eos supra dicta distributio munienda ac stabilienda est. Quanquam autem tam portentosa opinio satis solide nuper ab incerto quodam auctore confutata est; tamen quia id adversariis ejus minime videtur, objicientibus ei, quod quædam silentio præterierit, quia nihil ad ea potuerit respondere, aut quia argumenta eorum solvere non potuit, ea commento eludere; quædam

dam etiam ab iis esse dicta, quæ a nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui proinde mysteria aperire nefas: denique quia non satis bona fide cum eo agunt, e re erit ex integro causam istam hic tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum sententiam contra novitium commentum, idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convitio, sine tantum aliquo aspersio, sine quo quicquid in huiusmodi concertationibus scribitur, fatuum est. Illi vero invehuntur in hominem insontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & convitiandi libidine, cui os sine freno, & cuius virus ipsa virtus provocet. Non sunt hæc ἀγὰρ δὲ δαίμων. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque persona tam indigne accepti mortalis, per cuius latus quinam petantur, sunt qui putant se non ignorare.

8. Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non est species pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ nudo placiti sine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duorum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus sublit causa propter conventionem: per causam autem intelligunt eam causam, quæ paciscentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cuius personam nunc gero, tot esse puto errores, quot ferme verba.

9. Nam 1. pactum nudum & non nudum diserte in jure nostro, ut diversæ pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se opponuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirmare: nam si pactum, ajunt, a pacto nudo distinguatur, ut una species ab alia, non potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam homo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixissemus, pactum & pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem ostendendi, quam rudes parumque versati simus in arte differendi.

10. 2. Contradictoria sunt, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto, sive oppositum in appposito. Utique enim juxta regulam Logicorum abest tertii adjecti adest secundi adjecti valet consequentia affirmando, v. c. ille est nudus homo, ergo est homo; illa est nuda oratio, ergo est oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos esse miseros, & negantem tamen mortuos esse. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum assensum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, &c. esse assensum, approbationem, vocem, voluntatem, consensum? Sed ajunt non eundem esse tropum in voce nudus adjecta rebus cæteris, qui est in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox ista non tantum restringens, sed etiam alienans sit: idque ex eo probant, quod definitio pacti sive conventionis nudo pacto sive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde est, ac si dicerent, orandum est pro mortuis, quia sunt in purgatorio. Nam pro argumento & antecedente sumunt, & sibi concedi postulant ὅτι ὁ πρῶτος id quod est in quæstione; quæ manifesta captio est: hoc enim inter nos est controversum, an pacti definitio etiam nudo pacto con-

C

venia,

veniat, quod illi soli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii est, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non esse, quia non habet causam; quoniam causam intelligunt, ut ipsi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam. hic enim iterum, quod maximum vitium est in differendo, sumunt *φισβητήριον ἀνὸ τῆς ὁμολογημένης*. Nam talem causam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere cæteri fere consentiunt. Sed de hoc fusius infra.

11. Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto esse alienantem, cum alias semper sit discernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo scriptore, ubi vox ista significet *ἀλλοτρίωσιν*, alienationem subiecti, cui adjungitur aut attribuitur. Est quidem vox *στερητική*, significans privationem alicujus rei, quæ alias subiecto attribuitur aut attribui potest; & sic etiam hic significat privationem causæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum vestiret: at nunquam est *ἀναρρητική ἢ φθαρτική τῷ ὑποκειμένῳ*, ut significet ademptionem aut corruptionem subiecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12. Sed enim conventio, inquit, bifariam sumitur, primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo significato etiam nudum pactum species sit conventionis: deinde in specie pro duorum vel plurium in idem placitum consensu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod statim firmum ac efficax est, nisi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut species conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non esse ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in specie sumatur, exemplo esse nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem scio vocem conventionis esse *πολυσημῆν*, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. significat: sed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam significationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum *πρακτικῶς* acceptum, denotatque semper duorum aut plurium in idem placitum consensum. l. 1. §. 2. & 3. ff. *hoc tit.* Concedunt quidem illi conventionem significare duorum vel plurium in idem consensum, sed addunt, cum pro pacto & pactione usurpatur: sed ostendant id verbi aliter uspiam usurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa significatio pacto non convenit: attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere sumpto etiam pactum nudum, tanquam speciem contineri; ac proinde etiam speciem esse conventionis significatione posteriore, pluriumque in idem placitum & consensum: aut si non est, ne nudum quidem pactum dici potest, non magis, quam simia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure nostro interdum generis nomina esse, interdum speciei, quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in specie pactum nudum significatur, veluti cum dicitur ex pacto non nasci actionem: sed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum usurpatur in specie pro conventionem aliqua opposita pacto? Generale esse hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. l. 1. §. 3. ff. *hoc tit.* nusquam ad speciem aliquam conventionis; quæ pactum non sit, contrahitur: Adoptio & cognatio cum sint nomina generis & speciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem

nem in specie dictam; estque hæc divisio rei, & generis in species. At si quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monstri erit? Quis non exhibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud est conventum, aliud fixum? aut qui jus distribuat in liquorem & legem? Non sunt hujusmodi *Ἀλλοτρίαι*, distributiones rerum, aut generis in species; sed vocabuli æquivoci distinctiones in sua æquivocata.

14. Sed neque catione caret, quod ajunt de conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nusquam enim hoc indefinite traditur; sed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel quæ accedente causa in speciem *συμβαλλόμενα* cadunt. *l. juris gentium. 7. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* ex cæteris expresse negant juris nostri conditores actionem nasci, nisi vel specialiter confirmatæ sint. *l. 6. l. si tibi. §. 2. eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ. *d. l. 7. §. quinimo. 5. eod.* At contra non uno loco traditum est, ex pacto actionem non nasci. Respondent adversarii loca ista accipienda esse de pacto nudo. Fatemur; sed tamen utique de pacto, id est, plurium in idem placito & consensu. Quod si hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipsis familiare, pro argumento assumentes *Ἐξ ὧν ἀπὸ δόξης*: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui simpliciter & absolute pactum appellent, quod pactum non sit, dixerintque ex pacto non nasci actionem, cum hoc significare voluerint, ex non pacto actionem non nasci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum sit, cui nulla subest causa propter conventionem. *l. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. hoc tit.* Cum autem ista locutio nullum omnino idoneum sensum habeat (quis enim ita unquam locutus est, conventioni nulla subest causa propter conventionem, & quid hoc significat?) illi tamen hunc, si diis placet, sensum verba ista habere dicunt, cum nihil omnino subest, ex quo qui convenerunt, moveri potuissent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri; potuisse hoc exprimi elegantius. Nimirum necesse est vitiosos eum habere oculos, qui in luce tam perspicua caligat. Constat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l. 7. §. sed cum nulla. 4. hoc tit.* occurrere lectionem; in plerisque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.* In codice Florentino sic, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Cum vero nullæ sint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo distinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teste oculato *misc. 41.* ac proinde ponere nobis ea, si docet ratio, & posita undecunque expungere liberum sit, auctore Augustino *lib. 1. emend. 2. q. 8.* si quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini secuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat &c. relicta*, ut verosimile est, per negligentiam nota distinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus posita est, in quibus non *propter*, sed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter*. Franciscus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & sermonis ratio, & mens atque sententia Jurisconsulti exigebat, locum sic interpunctum ediderunt, *Sed cum nuda subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.* Sive autem legas *præter* sive *propter*, commate ante hanc particulamposito, plana erit & recta oratio, eademque Jurisconsulti

sententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi causa subest præter conventionem, propter conventionem solam non constitui obligationem: quod & prorsus evincitur ex tota disputatione Jurisconsulti. Cæterum & hic effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non significare pactionem sive plurium in idem placitum consensum; sed nescio quid aliud, quod non sit pactum, nisi *ἡ ἀντιλογία*.

16. Largimur ultro pactum nudum esse conventionem, quæ placiti fine stat: sic enim definitur *l. 27. C. de locat.* At quid hoc est fine placiti stare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil esse amplius quam placitum; placitum tamen & conventionem seu pactionem, id est, duorum vel plurium in idem consensum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim esse *ἡ ἀντιλογία*, infinitis locis ostendi potest. *l. vix certis. § 3. ff. de judic. l. 4. ff. de servit. l. si filia. 20. §. 3. ff. famil. ercisc. l. si divisionem. 15. C. eod. l. si plus. ff. de evict. l. divisionis. 55. ff. hoc tit. l. 8. l. si pacto. 14. l. cum proponas. 21. l. si certis. 27. C. eod. l. 7. l. si diversis. 14. l. cum proponas. 17. l. si profundo. C. de transact. l. pen. ff. eod. l. 3. l. 4. C. de rer. permut.* Sic ex converso placitum usque ad pactum stare dicitur, cum traditio secuta non est. *d. l. si divisionem. C. fam. ercisc.*

17. Cum igitur nudum pactum sit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat; tamen re vera & proprie tam pactum est, quam quod vestitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam vestito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamsi deliberato animo initum sit, deque eo constet, ut in specie *l. si certis. 28. C. hoc tit.* ubi ex temporaria illa præstatione satis apparet seriam fuisse promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconsultæ, joculariæ aut simulatæ, aulicæ, & officiosæ adulationis promissiones ne nomen quidem pacti merentur.

18. Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis mysterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur est, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleusinem reviseret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipse pater famulam voveo* &c. nescio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento sit cum juris fuisse peritissimum. Nam etsi votum species est pollicitationis, quam ob causam summus juris antistes sub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi a nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum esse, quod soli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu solenni: filius autem familias aut servus sine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poëta. Ille vero redux vota Cereris nuncupata solvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore; cujus defensionem & patrocinium non tam ideo suscepi, quia me eum esse, & per latus illius me palam peti quidam suspicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

CAP. VI.

Devi nudarum conventionum.

1. Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.
2. Respondetur objectioni sumptæ ex l. 1. pr. hoc tit.
3. Jus civile Romanorum quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, & quare.
4. Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris juris naturæ præceptis æstimentur.
5. Exponitur l. cum mota. 6. C. de transact.
6. Declaratio. l. solent. 15. de præscr. verb.
7. Declaratur locus obscurus in. l. 3. §. quinimo. 4. de condict. caus. dat. & occurritur objectioni ex eodem loco sumptæ.
8. Si ex pacto daretur actio, cum constet de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.

NUDA conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. Ex nudo pacto, inquit Paulus, inter cives Romanos actio non nascitur. lib. 2. sent. tit. 14. & Imperatores in l. si tibi. 27. C. de locat. si conventio, inquiunt, placiti sine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse. Seneca lib. 5. de benefic. c. 10. de lege civili & promissione non solenniter facta loquens, Quæ lex, inquit, ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, obligat: Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, ex conventionem, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci. l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seq. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. l. si certis. 28. C. hoc tit. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. C. de inut. stipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut. Et hinc est, quod passim indebitum vocetur, quod pacto promissum est. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. si certis. 28. C. hoc tit. l. si non sortem. 26. pr. ff. de condict. indeb. & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo lib. 2. sent. tit. 22. §. ult. Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem: quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in l. legem. 10. C. hoc tit. ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptive, aut addito interdum, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum est, l. 6. l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de constit. pecun. vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum. l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ff. l. in bona. 13. C. hoc tit. Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto

actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum fuerat? *d. l. 1. ff. de pecun. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l. 2. C. eod. tit.* aut si causa subest constituto. quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Denique quid tam insulsum, quam quod quidam, interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis. Quasi vero Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum finxerit adesse; ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præfens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure gentium se manifeste obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut *εὐαγγελία* habet. *fac. l. 1. 8. ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet iusti pacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem *καὶ τὸ αὐτὸ δίκαιον* tolleretur, *arg. l. 6. eod. junct. l. Arrianus. 47. de O. & A. l. prout. 80. l. Stichum. 95. §. 4. ff. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrachere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare. *l. 1. ff. hoc tit.* Fateor: est enim fides rerum humanarum coagulum, sanctissimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,

Qua sine non tellus pacem, non æquora norunt:

Justitia consors, tacitumque in pectore numen.

2. Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes justæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adstringimur ad præstandum id, quod pacto promissum est, propter naturalem scilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur.* *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et quia hæc obligatio conscientias hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum. 95. §. 4. ff. de solut.* sequitur ei etiam inesse moralem aliquam necessitatem, id quod Paulus in *d. l. 84. §. 1* significat verbo *oportet*, & grave esse hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3. Quanquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honeste conventiones servari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observantiam, sed utilitatis causa quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic sola paciscentium fide staretur, ne si ex qualibet conventionem actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo: vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilis existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate adstringere.

re. In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teste Aristotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra iudicium solvit? Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei postea natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli. c. ult. caus. 17. quæst. 4.* Nullam autem laudem meruisset Aurelius, si ad reddendum jure fori fuisset obstrictus. Atque hoc ipsum puto significare voluisse Ciceronem *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut juri præstare dicatur.* Cui simile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib. 2. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventionione, quæ juri præstare dicuntur.* quo haud dubie id significatur, pacta legibus ipsis iustiora & præstantiora esse existimari, quoniam in his implendis atque observandis probitas cujusque & fides elucet; quæ bonis viris pro lege sit, & omni jure antiquior. Nimirum angusta innocentia est, secundum leges bonum esse. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas sunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefc.* Futile vero est, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l. 6. ff. de justit. & jur. l. bona fide. 31. ff. de poss.*

4. Multa sunt civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æstimentur, qualia literarum obligatio, usucapio, præscriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile, quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali seu gentium tenetur quisque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excusantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unusquisque ex sponfione sua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio spondens. Itaque isti, licet naturaliter obligati sunt (non enim vel patria potestas, vel ætatis sexusve imbecillitas jus naturæ dissolvere possunt) tamen civiliter non tenentur. In materia successionum quam longe recedit lex 12. tabularum a simplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum rusticorum efficax non est, nisi interveniente instrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla est, aut fuit, in qua longius ab eo jure recessum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari potest: quæ si cum aliis populis strictius jus gentium coluerit, id necessitatis fuit, cessante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in removendis jejunis quibusdam objectiunculis, cur lege civili hoc constitui nequeat, ut non nisi sub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax sit ad agendum, ex consensu nascatur?

5. Objiciunt tamen & locos quosdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventionione actionem nasci. Loci sunt *l. cum mota. 6. C. de transact. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. 3. §. 4. ff. de cond. ca. dat. Διαιτησις d. l. cum mota.* hic est. Mater a filio immerito exheredata aut præterita transiit cum scripto herede, adversum quem querelam moverat inofficiosi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite discederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perseverans voluntate decessit. Cum portio promissa filiis iisdemque heredibus matris non præstaretur, quæsitum est primo, possintne filii omissam a matre querelam redintegrare; deinde si non possint, an non saltem aliud remedium iis paratum sit adversus placita non servantem. Ad prius respondet Imp. Alexan-

Alexander, omissam semel querelam instaurari ab heredibus matris non posse. Ad alterum, si stipulatio conventioni subdita fuerit, ex stipulatu actionem competere, aut si omissa sit verborum obligatio, tum actione præscriptis verbis diversam partem, ut promissa præstentur, posse conveniri. Igitur, inquirunt, quod transactionis causa promissum est, etsi pacto tantum & citra stipulationem, id nihilominus peti potest, & competit eo nomine præscriptis verbis actio. Respondeo, non est in specie hic proposita pactum aut conventio nuda, sed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi causa præter conventionem, & quæ sic constituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri transigenti pars bonorum promissa est, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod & re implevit: morte enim sua & silentio sic finivit litem de inofficioso, ut ab heredibus ejus non possit instaurari. Ubi autem pactum, quamvis transactionis causa interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. Hotom. Don. post Gloss. & DD. comm. ad d. l. cum nota.*

6. Alter locus, qui objicitur, est *l. solent. 15. ff. de præscr. verb. ubi ita Jurisconsultus; Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur; videamus, an possit agere. Et quidem, inquit Jurisconsultus, ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod: ergo, inquit, civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis, &c.* Igitur inquirunt, hic ex sola conventionem & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quæ in se negotium aliter quod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expresse negat in specie a se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci; aitque conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit causam aliquam accedentem ad conventionem, quæ sit fundamentum *ὁριστικῆς* & actionis civilis, ut ipse hoc alibi explicat. *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* atque in proposito factum seu indicium actoris præmium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere*, perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere possit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio definit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventionem cum effectu agi posse, quam res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plene demonstrabitur c. 8.

7. Tertius locus est Ulpiani in *l. 3. §. quinimo. 4. ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt; *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, conditionem, de jure quoque eo.* Primum quaero, qualis sit illa conditio, quam ait ex contractu proposito nasci? Non utique conditio ob causam dati causa non secuta, de qua conceptus est titu-

titulus, cum nihil datum proponatur, sed tantum placitum, ut daretur, & conditio ex notissimo juris usu, præsertim in hoc tractatu, significet alicujus rei, quæ a nobis profecta sit, repetitionem. Dices Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis. Jam iterum quæro, ubi actio præscriptis verbis in jure nostro appelletur conditio? Imo a condictione perpetuo distinguitur. *l. 5. §. 1. & seq. ff. de præscr. verb.* tum conditio vulgare est & usitatum actionis nomen, certam solennemque formulam habens; cujusmodi actionibus deficientibus demum actio præscriptis verbis datur. *l. 1. l. 2. & seq. d. tit.* Sed concedamus Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis, quid hac actione persequemur, certamne summam, quæ promissa sit? Minime: sic enim diceremus ex hujusmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, cæterisque causis & obligationibus, ex quibus certum petitur. *l. certi conditio. 9. ff. de reb. cred.* quod falsum est. Nam præscriptis verbis actio non solum nomine & titulo actionis incerta est, sed etiam rei petitione, competens in id solum, quod interest, etiamsi de re certa dada convenerit. *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* id autem, quod interest, incertum esse constat. *l. si pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incerta. *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. stipul. & passim actio incerti dicitur. l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. seq. ff. de præscr. verb.* Itaque in actione præscr. verb. non servatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propositum: Si ex hac conventionem, *dabo tibi decem, ut Stichum intra mensem manumittas*, Sticho ante manumissionem intra mensem mortuo, tibi competit actio præscriptis verbis; ea autem actio non competat, nisi in id, quod interest, sequitur necessario ex sola conventionem hic actionem non dari: sed ita demum, si is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei absit, quod alioqui facturus non fuerat, puta si jam sumptus fecerit necessarios in protectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta servum non vendiderit, quod alioqui facturus erat. per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. caus. dat.* ut quibus casibus & quatenus cessat conditio sive repetitio, si datum quid sit, iisdem casibus & eatenus competat actio præscriptis verbis, si promissum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum sint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, necesse est, si speciem propositam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipsa nomina demonstrant: nam *dabo ut facias*, vel *faciam ut des*, non est contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a simplici conventionem, sed a datione aut facto ad conventionem accedente nascatur & incipiat. *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* nisi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber *in ration.* dicendum est locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des*. Quid si dicamus in specie proposita causam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod casu fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sane ubi jam quid datum est ob causam, causa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non stetit, quo minus causam impleveret: & sic ex casu fortuito liberatio sequitur, cessatque ob causam dati conditio. *l. 3. §. quid si ita. 3. ff. de cond. ca. dat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. vers. sed si scyphor. ff. de præscr. verb. l. 1. §. Divus. 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam est communis interpretum solutio.

D

8. Effe-

8. Effectum igitur est, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animo inita, utut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex ea daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat interim danda esset, ut sit in cæteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, serio quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientia ejus, cui deferretur jusjurandum? Neque enim soli Deo notum, serione promissio aliqua facta sit, an secus? verum etiam promittenti.

CAP. VII.

Aliarum gentium & hodie moribus nostris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1. *Jure natura & gentium pacta quævis seria obligationem efficacem parere.*
2. *Francisci Connani contraria sententia refellitur.*
3. *Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem, Sc. distinctionem.*
4. *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5. *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6. *Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.*

1. **E**TSI conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur: Nihil enim æquitati naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita, fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant. *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 1. ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet justa pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, si unam dempseris actionem, eosdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantum hic exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem nostro, repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur. *l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de conditione indebiti, quæ cessat, si quid ex qualicunque pacto solutum sit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2. Itaque minime admittenda est sententia Francisci Connani *lib. 1. comm. c. 6. Et §. c. 1.* fatentis quidem consentaneum esse æquitati naturali, & honestum, pacta servare, negantis tamen id esse necessarium, & negantis in universum ea pacta, quæ non.

non habent *συμβασις*, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli nostri longe alia mens fuit, qui cum, cujus fidem secuti sumus, pronunciat jure gentium dare oportere; quo verbo utique vinculum juris & moralis significatur necessitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de eff. fic.* tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum justitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri potest, cur leges, quæ quasi pactum commune sunt populi, quo nomine a Demosthene adversus Aristogitonem, & a Papiniano nostro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere possent; voluntas autem cujusque hoc serio agentis, ut se obliget, idem non possit. Admissa denique Connani sententia, sequeretur nullum inter reges & diversos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præstitum est, jure gentium vim esse, præsertim iis in locis, ubi nulla forma foederum aut sponsonum reperta est, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 11.*

3. His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ discrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subiectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscure innuunt Imperatores in *l. si tibi. 27. C. de locat. Si conventio*, inquit, *placiti sine stetit*, (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse.* quasi dicant, etiamsi maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulatu actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi. 27. C. de locat. l. petens. 27. C. hoc tit.*

4. Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia. *Felin. in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact. Panorm. & Imol. ibid. Covar. in c. quamvis. eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos *Alciat. lib. 5. paradox. 3. Connan. 5. comm. 3. Ant. Fab. ad l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod sumptum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonus Episcopus; *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur, pacta custodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione: sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor *δυναμὶ ἀναγκαστικῇ*, quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiose agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Judex debet studiose agere, ut promissa ad-*

impleantur. Et ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit: est enim titulus ille *de pactis*. His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientiae, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5. Fallitur ergo Cujacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventionem, etiam nuda, nasci actionem, quasi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor in *l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. hoc tit.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam ostendimus in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promisit, impleat: & porro igitur etiam futile est, quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine canonis aliqujus auctoritate. *c. 1. & 2. ext. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquiunt, quod in *d. c. 1. ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imo contra recte arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam statuitur; multo magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro seculari, judicium illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c. 3. ext. eod.* Gregorius judici seculari id mandat ut pacto promissa curet impleri judicio in eam rem dato. Falsum autem est, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordinarium remedium deest, per *c. novit. 13. ext. de judic.* Nam in *d. c. novit.* Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in regem Galliae Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua instituta conveniri non poterat: cum reges jus in armis positum habeant: nec aliud statuitur *d. c. novit.*

6. Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur quæ est stipulationis jure civili: *Gud. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. c. 2.* sicut & pleraque alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatae & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officiose adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, solennibus illis & scrupulosis juris civilis sublati. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, verbis solennibus, id est, stipulatione fides data sit.

CAP. VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.

1. *Quid sit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoscatur.*
2. *Contractus quid sit.*
3. *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*
4. *An permutatio contractus nominatus.*
5. *An actio æstimatoria descendat ex contractu nominato.*
6. *Transactio nec nomen contractus est, nec species.*
7. *Contractus innominati, eorumque species.*
8. *Quid nomine causæ nostri intelligant, cum ajunt etiam ex conventionione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.*
9. *Illustratur res exemplis.*
10. *Falsum esse, quod quidam tradiderunt, causam in proposito significare id, quod paciscentes movit, ut convenirent. & N. 19.*
11. *Posita pura & efficaci obligatione, necessario ponitur & actio efficax.*
12. *Actionem præscriptis verbis dari non posse ei, qui nihil dum fecit aut præstitit.*
13. *Refutatur futilis quædam distinctio inter obligationem & actionem, quæ nascatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & secundum perfectionem contractus.*
14. *Eadem clare refellitur per l. 3. C. de rer. permut.*
15. *Item per l. diversionis. 45. hoc tit.*
16. *Item per l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instr.*
17. *Nemo ab obligatione semel constituta invito adversario recedere potest. & N. 23.*
18. *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob causam præteritam, seu ex necessitate obligationis notæ ex sola conventionione, sed ob causam futuram, ut accipiens illa datione, &c. efficaciter obligetur.*
19. *A conventionione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*
20. *Natura contractuum innominatorum.*
21. *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*
22. *Definitio contractus a Labeone tradita l. 19. de verb. sign. non contractus omnes, sed ἀπλόγος tantum complectitur.*
23. *Contractum a Theophilo minus recte definiri.*
24. *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continente adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed manere pacta nuda, si per se spectentur.*
25. *Græcos quosdam pacta legitima a nudis segregare, contractibus adjecta non item.*

1. **C**ONVENTIO non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subsit causa agendi, quod ab Aristone Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium. 7. §. 2. hoc tit.* appellatur *συμβασις*: alibi negotium dicitur *l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & negotium civile. *l. 1. ff. de æstim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producant.

D 3

2. Con-

2. Contractum igitur sic definitio; Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in *d. l. juris gentium. §. 1. & 2. hoc tit.* Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3. Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus: qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producant; non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib. 12. comm. c. 9.* Nimirum etsi nomen ad essentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a posteriori. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio esset in usu communi: usus conventioni nomen peperit. Utilitas causa est obligationis constituendæ, nomen indicium & nota constitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 3.* putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo sic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob usum frequentiore vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiam si nihil dictum specialiter, ex ipso nomine satis possit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris contractibus minus frequentibus hoc tantum inesset, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & usitata, sed accommodata ad ipsum factum daretur formula, quæ ideo præscriptis verbis dicebatur.

4. Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipsa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur. *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quanquam sunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis indutum tantum per abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est: nam proprie permutationis nomine significari mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii, & alias omnes pene contractus velut permutatione quadam constant. Utut sit, constat permutationem in numero contractuum nominatorum non censi.

5. Sed neque actio, quæ de æstimate proponitur, descendit ex contractu aliquo nominato, sed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato simile videtur. *l. 1. ff. de æstimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quanquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod fit de re, quæ æstimate vendenda data est.

6. Illi autem toto cœlo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis; quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si proprie loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio, quandoque datio aut retentio. *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 2. l. pact. 15. ff. de transact. l. 6. l. ut responsum. 15. l. si vè apud. 28. l. si profundo. 33. l. transactio. 38. C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi. *d. l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa. 31. C. de transact. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff.*

inoff. testam. Modi autem transigendi non sunt genere transactionis : & per se considerata transactio diversum quid est a contractu, cui etiam opponitur in *l. 1. §. 3. ff. de pact.*

7. Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis. *d. l. 7. §. 2. hoc tit. l. 1. §. pass. ff. de præsc. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *l. 5. pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoriam dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo. *d. l. 5. §. 3. l. solent. 15. in fin. d. tit. l. 4. C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci. Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant, cum ajunt etiam ex conventionem innominata, cui modo causa subest, actionem nasci.

8. Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventionem paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movet ad conveniendum, ut quidam somniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem incundam. verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego a lite, quam tibi movi, discederem; aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæc conventiones nude sunt, ut proinde ex iis non nascatur actio: *l. cum proponas. 21. C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 3. C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem iniverimus, nimirum quia ego malui accepta certa summa a lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed quid cunctamur causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sane Jurisconsultus Græcus responso *πρὸς ψαλ. συμφ.* hanc rem sic explicat; *ἡνῶ*, inquit, *τέτοις (συμφάτοις ἰδικαῖς ἔχουσι ἀποζηγίας) ἢ τὰ ἰδικὰ ἢ μὴ ἀποζηγίας μὴ ἀποφείδμεθα, τὰ ἡνικὰ δὲ τὸ συναλλάγματ' ἀνάγκη κεκλημένα ἡνῶ ἀποζηγίῃται δόσις ἢ πώσις ἐπὶ δόσιν ἢ ἐπὶ πώσιν, ἀλλ' ὅσοις οἷς συναρίσσειν ὑποκειμένης αἰτίας. ἡκτινὴ δὲ καὶ ἐκ τούτων αὖ ἀποφορεῖ ἀγωγή.* i. e. His (sc conventionibus nominatis) junctæ sunt illæ, quæ nomen quidem proprium nactæ non sunt; cæterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut justa paciscentibus causa subest. Nascuntur enim & ex his utiles actiones. Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, *ἡνῶ μὴ ἀποζηγίῃ δόσις*, &c. ex quo etiam simul apparet, eam conventionem, quæ causam habere dicitur, iis esse, *ἡνῶ ἀποζηγίῃ δόσις*, quod ipsum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præsc. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis significatur. *l. 5. per tot. §. pass. ff. de præsc. verb. l. divisionis. 45. ff. hoc tit. l. 6. l. si pro fundo. 33. C. de transact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perspicue patet; Sed & si in
alium

alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celfo respondit, esse obligationem; ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias. Cum autem nulla talis conventioni innominata subest causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci. *d. l. 7. §. sed cum. 4.* Ajo autem conventioni innominata. Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione, si de pretio aut mercede convenerit, etiam ante quam ab altero contrahentium quid præstitum sit, obligatio nascitur.

9. Jam exemplo rem declaremus; Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda est consistens intra terminos puri placiti, licet uterque nostrum certo intuitu talem conventionem iniverit; ego, quia malui habere Pamphilum; tu, quia Stichum. At si aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem implesti, hic jam conventio definit esse nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens causa nostris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicatio. Paulus *negotium vocat. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æstim. act. negotium civile*, id est, tale, quod ad conventionem aliqui nudam accedens constituit *συνάλλαγμα*, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiscum sentiunt interpretes nostri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorsum ergo tam operosa hujus sententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit, ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficacem: quanquam ex ea non ante efficaciter agi queat, quam quid ex conventionem præstitum fuerit: causam autem apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2. & 4. hoc tit.* non significare dationem aut factum aliquod interveniens, sed causam præcedentem, quæ paciscentes movit, ut convenirent.

10. Ego vero non video, quomodo hæc consistere possint, ex conventionem nasci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligationem efficaciter agi non posse. Utique enim efficacia & vis obligationis consistit in juris vinculo, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum; necessitas in eo, ut nisi obligatus præstet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præstandum compellere. Ac proinde posita pura & efficaci obligatione, necessario quoque ponenda est efficax actio, cum secundum regulam Logicorum, qualis est causa, talis quoque sit effectus.

11. Ut ecce, emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit; & quia hinc statim oritur mutua & efficax obligatio, statim etiam, licet nihil aliud intervenierit, ex ea obligatione agi potest, modo offerat actor, quod vicissim eum præstare oportet. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. l. qui pendente. 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, si verbi causa hujusmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque statim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea statim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promissit, modo ille paratus sit Stichum dare. Atque hanc quoque esse apparet mentem eorum, qui asserunt ex conventionem innominata obligationem statim nasci, ex qua etiam agi possit, quanquam cum effectu non possit, nisi postquam ab uno datum quid sit, aut factum, quia ad confirmandam sententiam suam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere &

& rationi juris nostri convenienter hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonstrari potest, quam parum hæc juri nostro sint consentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo consensu simulac de mercede pro usu rei danda convenit: atque ut hic ex sola conventionione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præsens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter potest, ut præstet frui, quod conductum est, licere. *l. 9. l. 1 §. 1. l. si fundus. 33. l. 1. & hæc distinctio. 35. ff. locat.* at ex sola conventionione innominata agi cum effectu non posse tacentur ipsi adversarii: qui si pro firmamento suæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attulissent, fortassis ipsi deprehendissent errorem suum. Cæterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis ostendimus postea. Ad hæc perperam inter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente *συμβαδόμενον* sive contractus esse & appellari incipiunt: quamdiu autem res adhuc integra est, nudæ tantum sunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure nostro nascitur, ut supra satis abundeque demonstratum est. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventionione nasci solo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem possit, sed non cum effectu: quæ ergo erit ista actio? nimirum præscriptis verbis, inquit.

12. Quod si porro quæras, quomodo formula actionis præscriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem gestam demonstrat. *l. 6. in fin. C. de transact.* accommodari possit ei, qui nihil dum fecit, aut præstitit, respondent pro varietate conventionis formulam posse concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, sed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, si eis credimus, hæc conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ sunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi causa si inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu servum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem gestam compositis, in quæ & prætor judicem det hoc modo, *Si paret Mævium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur.* aut contra; *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem a Mævio acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præscriptis in factum verbis. Sed nec illud verum est, quod ajunt contractus *do ut des, do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa *do ut des* manifeste etiam conventionem exprimunt, sed præter conventionem adsignificant causam quæ conventioni subest, sive negotium interveniens, quod fundamentum est *συμβαδόμενον*, efficitque, ut conventio amplius non sit nuda, & ex ea nascatur civilis actio.

13. Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expressim negari in conventionibus innominatis nudo solove consensu obligationem constitui, & nominatim, ut alios præteream, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Jurisconsultus diserte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad nescio quam distinctionem, qua non observata ajunt, quotquot sunt & fuerunt hæcenus Interpretes, hallucinatos esse: nimirum aliam ajunt obligationem &

E

actio-

actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d.l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum interpretes omnes hic hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipsa ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed serio. Paulus in *d.l. 1. §. 2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuire debuisset. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato.* Ecce negat Paulus absolute, nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihil dum prælitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis adscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi asserunt, ex conventionem esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis, &c. illa obligationis hujus causam & velut matrem: quod passim tamen negant soli conventioni vim tribuentes obligandi.

14. Ajunt mirari se, quod adversarii aliquid præsidii in *l. 3. C. de rer. permut.* causæ suæ quærant. & quare? quia, inquiunt, placitum permutationis in *d. l. 3.* pro nudo pacto de permutando sumitur, id est, eo de quo non constet, an deliberato animo factum sit. Verba Imperatorum in *d. l. 3.* sunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla res secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.* Verum est hoc loco agi de pacto nudo, sed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non constat de serio animo, commentum est, quod ex ipso textu satis evincitur. Negant simpliciter Imperatores aliter actionem re nulla secuta ex placito permutationis competere, quam si stipulatio subjecta sit: ergo ne tunc quidem, cum constat de seria voluntate paciscentium. Hoc enim Leontius proposuerat, placuisse inter se & adversarium suum, ut invicem res quasdam permutarent, quærebatque an ex hujusmodi placito jure conventionis actio sibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse a sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subjecta sit stipulatio, eo significant, stipulatione demum conventioni subjecta, posse Leontium, a sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris inter sit.

15. Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis. 45. ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenerit, ut certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro pla-

placito subjecta stipulatio: hoc enim placitum negat Jurisconsultus cuiquam ad actionem prodesse: non quia non sit pactum aut conventio seria; sed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujusmodi conventiones, utut seriæ, nemini ad actionem prosint.

16. Postremo nec illud patrocinari adversariis existimant, quod scriptum est in *l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instr.* cum, qui vendere pollicitus est, si recuset adimplere conventionem, posse id impune facere, si nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi satis arguat arrarum interventus, sed alia ratione; quoniam, quod adversarii non animadverterunt, in specie illic proposita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias discedens a conventionem altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra si talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum amissione arrarum, nec venditori cum duplicatarum restitutione.

17. Est enim hæc perpetui juris regula, neminem posse ex pœnitentia ab obligatione semel constituta & in se suscepta invito adversario discedere. *l. 5. C. de obl. & act.* idque vel ex ipsa natura obligationis, quæ necessitate solvendi obligatum adstringit, intelligi potest, ut paulo post ostendetur evidentius. Itaque amissio arrarum, aut duplicatarum restitutio non est pœna recessionis non consentiente adversario factæ ab obligatione aliqua jure civili constituta, sed temeritatis & inconstantia. Quid si nihil arrarum nomine intervenierit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit. *d. l. contractus. sub fin. C. de fid. instr.* cui jam hoc etiam consequens est, etiamsi unius intersit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec si unius intersit, ex pacto permutationis aut divisionis ulla competit. *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens stipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non subjecerit stipulationem, juxta consilium Pauli *lib. 2. sent. tit. 22. in fin.* Plane in hujusmodi conventionibus de vendendo, de permutando, &c. si quid ab eo, qui placitis non stat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non negaverim dandam esse actionem de dolo, *arg. l. 1. §. eleganter. 7. §. servus. 8. §. ibi Bart. ff. de dol. mal. Costal. ad l. 7. pr. hoc tit.* Afferunt porro causam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* non significare dationem aut factum certa lege interveniens; sed causam præcedentem, nempe quæ paciscentes movit, ut convenirent: cujus assertionis sua hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia causa respicit conventionem. 3. quia datio aut factum per se non obligat, nisi ad restitutionem. Diceres rem ad triarios rediisse, quod profligatis hastatis & principibus tantæ virtutis milites subsidio mittant. Sed experiamur robur singulorum argumentorum. In postremo, ut ab eo incipiam, est fallacia divisionis: Neque enim nos dicimus solam dationem aut dationem per se sine conventionem obligare, non magis, quam conventionem per se obligare sine datione; sed obligare dationem a conventionem informatam, seu dationem sub lege vicissim quid præstandi, & ita simul juncta demum obligationem producere. Insubtile autem est, quod addunt *factum*; quia facti nulla est restitutio. Secundum argumentum, quod ideo causa apud Ulpianum non significet dationem aut factum, quia causa respicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam

de causa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni subjicitur, formaque a conventionem accepta in *ουδαίωμα* abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

18. Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitio: nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significant, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventionem natæ; quod est falsum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea disputata sunt, clarissime liquet, in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo consensu, sed a datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, qui a parte sua, quod placuit, præstat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa præstatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod præstatio illa non solutio, quæ debiti est, sed datio appellatur: & quia illa fit ob causam futuram, ut vicissim quid detur, satis apparet eam comparatam esse non ad liberandum, sed ad obligandum eum, qui & ipse antea obligatus non erat, non ut quid solvat, quod antea debebat, sed ut quid det aut faciat secundum legem dationi dictam; & hic si is, qui accepit, causam, ob quam accepit, implere cessaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum conditio tanquam ob causam dati causa non secuta, vel incerti præscriptis verbis actio in hoc, quod ejus interest causam impletam esse. *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb. & passim tit. ff. & C. de cond. caus. dat.* Quod si datio illa respiceret causam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob causam præteritam datur, condici non potest. *l. damus. § 2. ff. de cond. indeb. l. mercalem. §. C. de cond. ob turp. caus.* nec debiti soluti ulla repetitio est, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur. *l. naturales. 10. ff. de obl. & act.*

19. Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, cum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventionem natæ satisfaciatur: nam a conventionem nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventionem obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est, quod venditor, qui fidem emptoris secutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest. *l. incivile. 12. D. de rei vind. l. 3. C. de contr. empt. l. 6. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ pœnitentiam non recipit; quoniam nemo potest constitutæ semel obligationi renuntiare invito adversario. *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

20. Contractuum autem, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti ob causam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne causam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam

niam cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quasi prius debuisset, relinquendum obstringi debet. *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. pr. & §. 1. ff. de cond. caus. dat. l. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. ff. de cond. ind.* Quod si ubi jam aliquid datum est ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere potest, invito adversario, multo minus, si nihil dūm dederit, ab adversario ut det, poterit constringi, licet ille a sua parte conventionem implere velit. *l. contractus. 17. sub fin. C. de fid. instrum.* Et hoc significant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

21. Excipiendi autem sunt ex contractibus innominatis illi, qui transactionis & finiendarum litium gratia incuntur, in quibus ob eandem causam nec locus est pœnitentiæ, ne scilicet lites transactione semel decisæ instaurentur. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. ind. l. quamvis. 39. C. de transact. & ibi DD. Jas. in l. 5. pr. ff. de cond. caus. dat. colum. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris nascatur varietas, nempe ex differentia, quæ est circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum est, ut etiam nudo consensu obligatio contrahatur, in his non contrahitur nisi re aut facto aliquo interveniente.

22. Illud enim perpetuo verum est, nec ullam patitur exceptionem, neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere. *d. l. 5. C. de obl. & act.* quippe hic certissimus est obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciatur creditori. *Inst. quib. mod. tol. obl. & pass. ff. & C. de solut.* Quam etiam ob causam obligatio definitur juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne; quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes. *l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de præsc. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offēdit: neque enim ego dici possum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuero, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, sed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, societatis, depositi, precarii, quæ huic regulæ objici solent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio solo consensu contrahitur, & tamen ei, qui mandatum suscepit, liberum est mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus est renuntiare constitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet. *l. si mandaverit. 22. §. ult. l. si quis. 27. §. 2. ff. mand. §. mandatum. II. Inst. eod. ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem nihil facit, sed maxime præstat, quod erat in obligatione. Eademque ratio est & in mandati revocatione; quoniam nec mandator præcise obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Similiter societas quoque consensu contrahi-*

& unius e sociis renunciatione dissolvitur: nec tamen qui societatem socio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat constitutæ obligationi, quia nemo in societate obligatur, ut invitatus in societate maneat; in tantum ut etsi nominatim convenierit, ne a societate discederetur, talem tamen passionem ut inutilem & contra naturam societatis factam contemnere liceat. *l. si convenerit. 14. l. nulla. 70. ff. pro soc. junct. l. verum. 63. pr. ff. eod. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 2. ff. de legat. 2.* Postremo nec officium suum perdit regula superior in specie *l. 1. §. antepen. & pen. ff. de pos.* ubi si rem apud te sic deposuero, ut post mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me statim depositum posse repetere; nec in specie precarii in eandem sententiam proposita in *l. cum precario. 12. ff. de precar.* ubi cum res precario sic datur, ut is, qui eam accipit, usque ad Calendas Julias precario possideat, respondetur posse nihilominus etiam ante ei possessionem auferri: quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depositum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depositum accepit, & qui accepit precarium, ipsi obligantur in hoc, ut dominis reposcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri potest, an is qui depositum aut precarium accepit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & recte placuit nullam esse hujus conventionis vim, neque in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tamdiu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario* significat. In commodato autem contrario modo se res habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat. *l. in commodato. 17. §. 3. ff. commod.*

22. Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l. 19. ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loco* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio; sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, *actum, contractum, gestum*. Nam cum singula hæc per se posita, & vi sua generalia sint, apparet Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque *contractus* ad eam speciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenemus, substantiam contractus non in eo consistere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus, & recepta contractuum divisio apud Gajum *l. 1. ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l. 1. §. 2. ff. de pact.* apud Justinianum *§ ult. Inst. de oblig.* item *Inst. de act. iur. in pr.* quo loco evidentissime contractus *μνίσια λέγει*, cujus generis est stipulatio, & *διπλά λέγει*, quales sunt emptio, locatio, societas, &c. ut diversæ unius generis species secernuntur.

23. Apparet autem ex disputatione Ulpiani in *d. l. 7. §. 1. & 2. ff. hoc tit.* unde nostra con-

contractus definitio sumpta est, non omnem consensum duorum ad constituendam obligationem interpositum contractum esset: ac proinde non satis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo: συναλλαγὴ ἐστὶ δύο, ἢ ἐπὶ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ συνόδους πᾶσι συναινέσεις, ἐπὶ τῷ συνίστασθαι ἐν ὁλῷ καὶ τὴν ἐπεργάζεσθαι ποιήσασθαι ὑποθήκην. id est, *Contractus est duorum vel plurium in idem conventio & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.* Nam si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis causa, hæc etiam conventio est duorum vel plurium consensus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non est, sed nudum pactum; unde nec actio ex eo nascitur. l. 3. C. de rer. perm.

24. Quinimo etiam hoc ex eadem disputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda; sed esse & manere pacta nuda quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: siquidem nec in proprium conventionis nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc relative ad stipulationem, aut ut sejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis; alterum coherentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta solummodo appellant, quæ vim obligandi non habet, & in terminis juris gentium manserunt. Neque hoc caret ratione, & suo sensu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis consideramus specialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem transeunt.

25. Jurisconsultus Græcus pacta legitima a nudis segregat ἀπὸ τῶν ἰδικῶν ἐπικύρωσιν, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, sed quæ sint alterius naturæ & efficaciæ: sic enim ille μετὰ τῶν ψιλῶν συμφωνῶν εἰς ὧς ἀλλήλους ἐπὶ ἐξ ἑαυτῶν, & ἐκείνους εἰς ὧς ἑαυτὸν ἐπὶ παύσει, καὶ ὧς ὁ νόμος ὁρίσας, τὸ μὴ ὑπομένειν ἢ δόγματι κύρωσιν ἰδικῶς, & μὴ εἰς ἰδικὴν μεταπίπτει διομῶς συναλλαγμάτων, & μὴ ἐπὶ τῷ αὐτῷ ῥήματι ὑπομένειν ἢ ῥησιν ἀποδοῦναι ἢ ποιῆσαι ἐπὶ δόξῃ ἢ ποιῆσαι τῷ μηδενὸς τῶν μετῆχον, μηδὲ τῷ αὐτῷ δυνάμει δόξῃ καὶ ῥησιν ἢ αὐτῷ τεχνικῶς ἄλλαν καὶ ἡκεῖθεν κληθεῖν καὶ ῥησιν, ἢ ὧς τὰ ἐξ ὑπερβάλλου, ἢ ἰστέρας φύσεως ἐκείνου. Ergo, inquit, revera nuda pacta sunt etiam quæ ex continenti, & merito. Nam si nudum pactum est, ut lex ipsa definit, quod non lege quadam aut senatusconsulto specialiter confirmatur, quod non transit in speciale nomen contractus, quod non stat in eodem genere prius aliquo dato vel facto, ut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps est, nec notam habet, unde agnoscatur habere eandem vim, nudum & ipsum artificiose admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo, sed naturæ alterius & aliam vim habens. Cæterum juris nostri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive simpliciter, appellare solent. l. 6. l. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. l. in bonæ. 13. C. eod. l. etiam. 30. ff. de usur. l. frumenti. C. eod. l. 6. C. de jur. dot. cum similib.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1. *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris : adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei. §. latius N. 4.*
2. *Illustratur hoc variis exemplis.*
3. *Removetur difficultas quædam, quam parit l. 7. §. 5. hoc tit.*
4. *Quid Papiano sint adminicula contractus.*
5. *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
6. *Non male interpp. vulgo discernere naturalia contractuum a substantialibus.*
7. *Quid juris in pactis circa substantiam contractus.*
8. *Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
9. *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
10. *Ex continenti sive in continenti, locutio nostris familiaris : cui opponitur postea, ex intervallo, &c.*
11. *Quid Latinis continens.*
12. *Quam varie hæc voces ex continenti, vel in continenti in jure nostro accipiantur.*
13. *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
14. *An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur : ubi multa notatu digna.*

1. **EX** his, quæ hæcenus differuimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur aut fiat, constituere contractum innominatum : cujus hæc vis sit, ut civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta opposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare : & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc. tit. l. in bonæ. 13. C. eod. l. cum dotem. 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.*

2. Illustramus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisfat dato fidejussore, sed sufficit regulariter nuda repromissio. *l. emptori. 37. l. si dictum. 56. ff. de evict.* Hic autem, siquidem ex continenti convenit, ut venditor ob evictionem satisfaret, hoc est, fidejussorem (*waerborge*, qui secundus auctor. *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisfat, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere,

pellere, ut evictionis nomine fidejussorem det. *d. l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit. *l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* Vendidi tibi rundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi. *l. si in emptione. pr. 34. l. fistular. 78. ff. de contr. empt.* Et ex converso, quod meo commodato fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud secus, quam de pretio alterius partis. *l. fundi. 79. ff. eod. tit.* Cæterum neutra aliter, quam si in continenti apposita sit. *dd. l.* Natura depositi hæc est, ut in eo dolus duntaxat præstetur. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depos.* At enim si ab initio convenerit, ut depositarius culpam quoque præstaret, rata est conventio; quippe quæ legem hanc deposito dat, ut culpa quoque præstetur, quam alias hic contractus non recipit. *d. l. 1. §. si convenit. ff. depos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus. de reg. jur.* Plura ejuscemodi exempla passim obvia. Huc etiam pertinet lex commissoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut si displicuerit, res sit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Casus fortuiti in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale sequeretur, conventio servabitur, quia legem contractui dedit. *d. l. contractus. 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale est. Si in contrahendo matrimonio & dote constituenda hujusmodi pactum apponatur, ne tempore statuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, sed statim; hoc pactum soluto matrimonio ad agendum mulieri prodest, formatque actionem rei uxoriæ: Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos statim redderetur; tale pactum ad agendum non valet. *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non est recessum a regula, ex pacto actionem non dari.

3. Dixeris autem hanc pactionem, non obstante eo, quod ex intervallo interposita sit, saltem prodesse debere ad replicationem, ut si muliere statim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare possit mulier, pacto eam dilationem esse sublatam. *arg. l. si unus. 27. §. 2. ff. hoc tit.* Respondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima est, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum, quod obligationem ex lege descendantem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat; quod utique hic saltem effectu futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nili elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4. De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur: quod Græci sic exprimunt, ἀμείβειν, τυπῆσαι, μισθωτικῆς τῆς ἀγωγῆς, & τῆς οὐκ ἀρῆς συμβάλλειν. At contra,

F

quæ

quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant; propterea quod post contractum jam usque quaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non profunt, τὰ ἐν ἀργυρίῳ ἢ συμβάλλει. At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviolem conditionem unius e contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta profunt ad exceptionem, τὰ ἐν ἀργυρίῳ ἢ κατὰ τὸν χρόνον. Ut ecce, si post emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactio quamvis ex intervallo interposita, contractui continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei iudicio. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. sub fin. ff. solut. matrim.* id est, iudex exceptionis rationem habet, etiam si reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subiecta sit. *arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta. 72. ff. de contr. empt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit. τὸ πρὸς τὴν συνάλλαγμα*, ut Græci.

5. Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat; Græci ἀφορμαὶ vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expectato legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exoluti. *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles. *l. nec ex prætorio. 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra εἰσίας, essentiam contractus, quæ non attingunt contractus substantiam.

6. Igitur extra naturam emptionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, si quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt.* emptionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo. 5. vers. idem responsum. ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. quæst.* relata est in *d. l. pacta conventa.* appellat contractus naturam.

7. Non male tamen alias natura contractus a contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a substantialibus secerunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cujusque contractus iudicio, si de his nihil convenerit. *l. 1. §. 1. ff. de act. empt.* verbi causa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi, ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus *l. si unus. 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere. *l. 5. §. pen. ff. de præscr. verb.* Cæterum quia hæc naturæ contractuum insunt tantum ex acci-

accidentia, & ideo adesse vel abesse possunt, salva substantia contractus, inde est, quod pacta, quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest: verbi gratia, emptio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8. Quid ergo juris in iis pactis, quæ substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove. *l. 7. §. adeo. 6. ff. hoc tit. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt. l. 2. ff. de resc. vend.* Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d. l. 7. §. adeo.* ut constet conventionem postea facta ab emptione cæterisque bonæ fidei judiciis re nondum secuta abiri posse. *l. ab emptione. 38. ff. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de resc. vend. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum rei venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces. *l. 2. ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contr. empt. l. si unus. 27. §. 2. vers. quod si non. hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo, quasi.* Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis ἐκ τῶν φύσιν ἐ συναλλάγματος συμφωνήματα, Ulpiano, quæ ex eodem sunt contractu. ἐκ τῶν φύσιν ἐ κατ' ἐστίαν. ex eodem contractu, ex substantia contractus.

9. Eorum autem pactorum, quæ contra substantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam accessiones insuper habentur, & nullius momenti sunt salvo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere. *l. 14. junct. l. nulla. 70. ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat. *l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* in de posito aut precario, ut non nisi post certum tempus repetatur. *l. 1. §. antepen. & pen. ff. de p. l. cum precario. 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti si in deposito, commodato, mandato convenerit, ut merces præstetur: hic enim ex deposito, commodato, mandato quæ natura sua gratuita sunt, efficiuntur locatio & conductio. *l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. de pos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. polienda. 22. ff. de præscr. verb. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inst. mand.* Natura emptionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei: si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emptio aut locatio. *l. si quis. 38. ff. de contr. empt. l. si quis. 46. ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat; si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil; non societas, sed donatio est. *l. 5. §. ult. pro soc.*

10. Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut præstaret usuras: hæc enim conventio licet excedat depositi modum; non tamen efficit, ut res in alium contractum abeat. *l. Lucius. 24. l. Publia. 26. §. 1. ff. de pos. add. Horom. illust. quæst. 36. & 37. Cujac. 2.*

obs. 15. & ad l. 7. §. quinimo. 5. & seq. ff. hoc tit. Pac. Duar. & Baron. ibid. Borcholt. c. ult. de pact. n. 56. & 57. Bachov. c. de pact. renovat.

11. Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ulla intermissione, e vestigio, illico, confestim, continuo, *ὁπρὸς χρόνον*, quibus opponuntur *postea*, *post tempus*, *ex intervallo*, *κατὰ χρόνον*. Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulpianus in l. 3. §. cum autem. 9. ff. de vi & vi arm. & mox eundem, qui dejecit, permillum dejicere, non *ex intervallo*, sed *ex continenti*. quod Julianus in l. qui possessionem. 17. ff. eod. dicit *illico*, *in ipso congressu*. In l. si usuras. 21. C. de usur. in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem e vestigio secuta est. In l. lecta. 40. ff. de reb. cred. l. si ita. 135. §. Seja. 2. ff. de verb. oblig. l. 3. C. de adil. act. pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12. Continens enim inter alia Latinis idem est, quod Græcis *συνέχων*. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id est, in suburbiis, *ἐν ἀεγυρίοις*. l. ædificia. 139. l. mille passus. 154. l. collegarum. 173. §. 1. l. absentem. 199. ff. de verb. sign. Qui in continentibus urbis nati sunt, Romæ nati intelliguntur. l. 147. eod. Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ sunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari. l. notionem. 99. §. 1. eod. Cicero in epistolis partem Cappadociæ continentem cum Silicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re subiecta aliter atq; aliter accipiuntur.

13. Interdum *in continenti* accipere debemus *ἐν πλάτει* cum modico spatio & laxamento aliquo temporis, quod arbitrio judicis sit definiendum. l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falc. l. ratum. 13. ff. de solut. Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur. d. l. notionem. 99. §. 1. de verb. sign. In lege Julia de adulteriis coercendis, qua permillum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adultero occidere, sed in continenti, & in continenti sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & a patre, qui eam persequabatur, occisa, in continenti occisa videatur. l. quod ait lex. 23. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult. Interpositis horis, est *μυτινίας ὥρας*, post horas aliquot, ut Græci lib. 69. Basilic. tit. 37. Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie l. ult. C. de err. advoc. ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in l. ult. C. de judic. In materia defensionum Græci interpretantur in continenti *ἐν τῷ δὲ αὐτῷ*, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius lib. 5. obs. 18.

14. Pacta autem ex continenti fieri dicuntur quæ fiunt in ingressu contractus. l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. in ingressu, id est, initio contractus. l. initio. 5. C. de pact. int. empt. l. contractus. 23. de reg. jur. l. si alienam. C. de fidejuss. quæ ab initio fiunt l. 5. §. 2. ff. commod. l. Lucius. 24. ff. de pos. in fin. Græcis *ἐν ἀρχῇ συνόψεως*. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihil dum tractatum est? sed quæcunque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum.

ptum est, ea contractus initium recte appellamus, quia plenum in rem consensum antecedunt: item ingressum, quia sunt ejusmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum consensum. Neque enim verbi causa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter se cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur, sed longum sæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat. *l. 8. C. de resc. vend.* Qua ratione quæ in ingressu contractus fieri dicuntur *d. l. 7. §. quinimo.* alibi dicuntur fieri tempore contractus. *l. pen. C. de pact. int. empt.* quia scilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, seu in negotio gerendo, ut hoc expressit Ulpianus *l. pacisci. 31. ff. hoc tit.*

15. Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici posse fatentur secundum verbi significationem, sed negant id posse intelligi in quæstione proposita, cum scilicet, *in continenti & postea* sive *ex intervallo*, opponuntur, & sane non sine speciosis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo.* quæ legem contractui dant, id est, quæ sunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, sine quibus contractus initus non fuisset. At non alia pacta videntur legem contractui dare posse, quam quæ interponuntur antequam de re convenit in negotio gerendo, cum adhuc contractus est in fieri, ut possit per pactum formari, ut loquitur Castrensis in *d. l. 7. §. quinimo.* Contractus autem jam perfectus & absolutus non potest eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter se pugnent, venditionem verbi causa contrahi simpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* ajunt, non tantum scriptum esse, eam conventionem valere, quæ facta est initio venditionis: sed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non sit. Neminem autem dicere posse pacta in ingressu aut initio contractus facta esse, quæ contractui jam perfecto secuta sunt: licet enim statim sequantur, fieri tamen postea, id est, post contractum negotium. Quamobrem etiam maxime non repugnat significationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e vestigio apponuntur; tamen non posse dici adjecta in ingressu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique insint & partem ejus constituent. Verum enim vero vix est, ut ego huic sententiæ acquiescere possim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo.* ubi Jurisconsultus sic definit, ut siquidem pacta ex continenti subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; sin ex intervallo, non item. Nam his verbis, si quid ego video, satis aperte significat etiam ea pacta, quæ post contractum, dummodo sine intervallo, subjiciuntur, ex parte actoris inesse: ex adverso vero non inesse, si quid post contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipse postea hoc explicat. Et huic simile est, quod Imperatores in *l. 3. C. de adil. act.* rescribunt, posse emptorem experiri secundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti secuti: ubi palam est per pactum antecedens intelligi id, quod in ingressu sive initio aut tempore contractus interpositum est; in continenti secutum, quod mox contractui adjectum. Unde necessario consequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti subjiciuntur, contractui bonæ fidei ex parte actoris inesse, actionemque ex contractu descendente formare, ejusque velut partem censeret *ἡ τὴν συνίσταται*, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, necesse non est sic præcise accipi, ut excludatur id, quod in continenti

nullo alio actu interveniente subsequitur, & demum quasi serio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod statim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas. *l. si quis. 25. §. iussu. 4. ff. de acq. her.* in ipso negotio interpositum dicitur. *l. obligari. 9. §. tutor. 5. ff. de auct. tut.* eo quod *συνεχῶς*, continenter, & quasi calente adhuc negotio subsequitur, & sic etiam in solutione sive in re præsentī constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. *l. 1. in fin. ff. de solut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo. ff. hoc tit. ea pacta insunt*, quæ legem contractui dant; id est, quæ in ingressu contractus facta sunt. Nam particula, *id est*, hoc loco non est *ἰδεναι*, sed *ἀπαγγεῖλαι*, non definit, sed declarat, quemadmodum passim exemplis deservire tolet, uti observare licet in *l. si ex causa. 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. subj. l. 3. §. ceterum. 12. ff. de acq. poss.* sexcentisque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum. 8. ibi, id est, ne a L. Titio petam.* Perinde igitur verba ista accipienda sunt, ac si scriptum esset, *ea pacta insunt*, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingressu contractus facta sunt. Pacta quoque stipulationi in continenti subiecta stipulationi inesse responsum est. *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* sed nimirum, quod locus iste solummodo probat, ex parte rei: ex parte vero actoris in stipulationibus, quarum stricta est natura, tantundem dicere non aumus. Sed de eo postea ex professo.

CAP. X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei iudiciis?

1. *Argumenta, quibus ostenditur pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis iudiciis ex parte actoris.*
2. *Removetur objectio quædam ex l. 1. §. quod vulgo. 25. de vi & de vi arm.*
3. *Nullum locum in iure nostro occurrere, quo probari possit pactum mutuo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
4. *Cur usura in bonæ fidei iudiciis ex pacto statim apposito debeantur, credita pecunia non item.*
5. *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur pacta mutuo adjecta prodesse creditori ad actionem.*
6. *Respondetur ad argumentum ductum ex l. traditionibus. 48. hoc tit.*
7. *Non recte ex l. venditor. 13. comm. præd. colligi, pacta ex continenti facta stipulationi inesse a parte stipulatoris.*
8. *Explicatur l. petens. 27. C. hoc tit.*
9. *Sententia l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis. 135. §. 2. de verb. obl.*
10. *Interpretatio l. lecta. 40. de reb. cred.*
11. *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*
12. *Conclusio & summa præcedentis disputationis.*

QUÆSTIO est agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti subiciantur contractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, profint, que actori ad actionem, ut ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei.

Mih;

Mihi verior semper visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt *Cujac. & Buf. ad l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit. Alciat. & Donell. ad l. in bona. 13. C. eod. & novissime duo eximii Jurisconsulti Diod. Tuldenu. & Ant. Perezius in tit. Cod. eod. nec non Henr. Zoef. ad Pand. eod. n. 61. & seqq.*

1. Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim addunt, in bonæ fidei judiciis. *d. l. 7. §. quinimo. l. in bona. 13. C. eod.* Quorsum enim hæc adjectio, in bonæ fidei judiciis, nisi ut intelligamus in strictis judiciis non idem juris esse? Non licet hic dicere Jurisconsultum in *d. l. 7. §. quinimo. 5. & seqq.* exempli duntaxat causa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris sit in judiciis strictis: quoniam cum variis exemplis rem illustret, nullum tamen profert, nisi judiciorum bonæ fidei. Sic cum dicitur, ut bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur.* hoc significari constat, deberi in hisce judiciis tantum; non etiam in judiciis stricti juri: quippe in quibus non debentur, nisi in stipulationem deductæ. *l. Titius. 24. ff. de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicunt Consulti exceptiones pacti & doli inesse bonæ fidei judiciis. *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si. 21. in fin. ff. sol. matr.* Hoc eos dicere intelligimus, in his solum inesse, in strictis non item: quoniam in strictis exceptiones non veniunt, nisi nominatim contestatæ. *l. siquidem. 9. l. ult. C. de except.* Denique supervacuum & ineptum esset de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur.

2. Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronuntiari, quod tamen tanquam *ὑποκαταστατικὸν* prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dici. Jurisconsultus in *l. 1. §. quod vulgo. 25. ff. de vi & de vi arm.* scribit, saltuum hibernorum æstivorumque retinere nos animo possessionem. Id enim ait exempli tantum causa Proculum dixisse: cæterum idem esse in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut possessionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta sit de saltibus hibernis & æstivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere solemus. *l. 3. §. saltus. 11. ff. de acq. poss.* quod in aliis prædiis ita fieri non solet. Eadem tamen omnium ratio est, quod attinet ad possessionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & stricti juris in re proposita ratio longe sit diversa.

3. Postremo nullus in libris nostris locus occurrit, quo probari possit, pactum mutuo aut stipulationi quantumvis in continenti appositum, actionem parere, contractibus istis legem dare, actionemve eorum formare, ita his inesse, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi possit ad id, quod pacto comprehensum est, augere aut extendere verborum aut pucuniæ creditæ obligationem. Proponamus me stipulatum esse fundum dari, & deinde convenisse in continenti, ut ad fundum accederet familia rustica aut boves aratorii; nam pactum stipulationi apponi non potest, nisi post responsionem; cum id quod verbis ipsis continetur, pars sit stipulationis, Ajo familiam rusticam bovesve aratorios neque ex pacto neque ex stipulatu peti posse; ut ut pactum factum sit statim & subjectum stipulationi. Ratio est, quia natura stipulationis hæc est, ut, quoniam verbis, non solo consensu fit, pro omisso habeatur, quidquid palam verbis non est expressum. *l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Similiter si tibi centem dederò mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum
mihi

mihi redderes & alia quinque : nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia re obligatio contrahi non potest ultra quam datum est. *l. si tibi. 17. pr. ff. hoc tit.*

4. Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur, quod interposita stipulatione? Usuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto statim appposito debentur. *l. cum quidam. 17. §. ex locato. 4. ff. de usur. 1. §. C. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item. *l. 3. C. de usur.* Cur tam varie? An quia usuræ odiosæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis usuræ ex pacto peti possent, per *l. quod si locus. 11. ff. de religios. l. 7. ff. de serv. export.* & quid si convenerit, ut usuræ uncia duntaxat, aut sextantes præstentur? Denique non a favore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt, vel non insunt, quæstionis hujus decisio petendæ fieri enim non potest, quin ubi pactum contractui inest, partemque ejus constituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum, quod pacto comprehensum est, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ a Paulo redditur *lib. 2. sent. 14.* scilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Quibus verbis manifeste significat, nulla pacta mutuo adjecta inesse ex parte actoris, cive prodesse ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus transire nequeant; & ideo effectu manere puda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio est, & eorum maxime, qui solo consensu perficiuntur: nam ut hi contractus solo consensu constant, ita & omnem consensum, tanquam naturæ suæ convenientem admittunt: ac de his potissimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interposita & ipsa his contractibus insunt; cæterum præter exemplum de usuris in deposito irregulari. *l. Lucius. 24. ff. de pos.* non alia, quam quæ circa præstationes horum contractuum fiunt; veluti ut in deposito culpa quoque præstetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam casus fortuitus. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. de pos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. C. eod. l. quæ fortuitis. 6. C. de pign. act.* cujusmodi tamen pactis locus esse non potest in mutuo. Argumentorum, quibus hæc sententia oppugnatur, & contraria adstruitur, magna est copia, cæterum vix unum & alterum, quod stringat. Congessit ea Joh. Gæddæus *tract. de contr. & commit. stipul. c. 8. concl. 2.* ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus strictis pacta ex continenti facta inesse a parte actoris, actionemque verbi causa ex stipulatu aut conditionem certi formare: quæ & DD. communis est opinio, probata quoque Hotomanno *illustr. quæst. 36. §. 1. amicab. resp. c. 31.* Duareno & Ant Fabro in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.*

5. Primum videbimus, an ita se res habeat in mutuo. Assertur hic pro firmamento illius assertionis textus in *l. 3. ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo et si cautum non sit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere. Ex quo colligunt, si hoc cautum sit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris inesse, eique prodesse ad actionem. Riddicule. Nihil enim illa cautio addit mutuo: quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data est, naturæ ipsius mutui insit citra ullam aliam conventionem, ut ipse Pomponius hoc explicat. Gæddæus posse mutuum contrahi cum pacto depositi, idque probari existimat per *l. quod si. 10. ff. de reb. cred.* ubi tamen inversus casus proponitur, nempe pecuniæ depositæ sub lege mutui, ut liceret depositario, si velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutuo dedisse ea lege adjecta, ut si non utaris, sint apud

te

te deposita; nihil hoc ad præsentem disputationem pertinet: nam ex hujusmodi pacto non novam induit mutuū qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi potest ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud se depositam: sed si, quod ei liberum, utatur, mutuū erit, si non utatur, depositum. Non majoris ponderis est argumentum petiitum ex *l. aut mutua. 6. ff. de eo quod cert. loc.* posse nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut solvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, sed potius restringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor possit alibi conveniri. Utique non ea est hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli possit ad solutionem illo loco faciendam.

6. At enim generaliter, ajunt, definitum est, in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere. *l. in traditionibus. 48. hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Respondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam si datio & traditio sit irrevocabilis; cujusmodi est in iis, quæ constituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquissimum est, ut rem accipientem eam, quam velim, legem dicam, eaque firme custodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipsa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia a pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam a jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præstetur; quibus ut pacta quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuū mihi hac lege datum esse, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non existimo his pactis me firmiter obstringi; maxime cum mutuū natura sua sit gratuitum, & hujusmodi pacta in fraudem legum de usuris fieri possint. Nec dubito, quin falsa sit sententia Ant. Fabri in *l. 7. §. quinimo. 5. ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hujusmodi actionem præscriptis verbis competere, quasi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non potest esse contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum esset, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc disputatio est de pactis actionem ipsius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipsam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehensum est.

7. Sed fortassis procedit ista opinio in pactis adjectis stipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ulpiani in *l. venditor. 13. ff. comm. præd. persona possidentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* quali his verbis id significaret Jurisconsultus, obligari possidentes per pactionem stipulationi aut venditioni adjectam. Atqui species ipsa illic proposita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum casus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod subjicitur, possidentium personas obligari per stipulationis vel venditionis legem; id non eum sensum habet, quem Hotomannus & Gœddæus putant, sed hunc, obligari eos per stipulationem vel pactionem venditioni adjectam, sive per legem stipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pactio solum, sed etiam stipulatio statim contractui adjecta lex dicitur. *l. legem. 9. C. de donat. Cujac. 8. ad African. in l. 24. ff. de præscr. verb.*

8. Mirifice autem sententiam suam juvari putant rescripto Imperatorum in *l. pe-*
G
tens.

zons. 26. C. hoc tit. nam illic ita scriptum est; *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandæ causa secuta est, seu antecessit pactum, sive post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat.* Hic Hotomannus, quid aliud est, inquit, petentem ex stipulatione, quæ pactum antecessit, audiendum esse, nisi actionem ex stipulatione, cui pactum in continenti subiectum est, competere? Denique ad actionem procurandam nihil interesse, utrum ante, an post stipulatio facta sit. Sed non videtur Hotomannus satis pensiculate rescriptum illud examinasse. Verba ipsa ostendunt agi illic de eo casu, quo quid petitur ex stipulatione, quæ placiti servandæ causa secuta sit, sive de stipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præcesserit, an post statim interpositum sit. Prima facie hæc inter se pugnare videntur: quomodo enim fieri potest, ut stipulatio sequatur pacti ejus servandæ causa, quod ipsum demum post stipulationem interponatur? Et certum est eodem sensu ac ratione utrumque simul statui non posse: at diversis rationibus potest. Nam quæ stipulatio præcedit tempore vel scriptura, ea nihilominus recte dicitur sequi, nempe natura & intellectu, ut bene *Cujac. 10. obs. 24. Donell. ad hanc l. 27. C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est; naturalis unus, quem sibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter scripturæ, quo duo ista in instrumento scribuntur. Ordine naturæ stipulatio omnis, quæ adhibetur pacti servandæ causa, semper sequitur: prius enim est, ut sit pactum, quam ut firmetur stipulatione. At scripturæ ordo inverti potest, ut incipiatur a stipulatione hoc modo; *Quæ infra scripta sunt, ea sibi dari fieri stipulatus est Publius Mavins, spondit Lucius Titius. Quæ autem inter se pepigerunt, ea sunt, quæ sequuntur, &c.* Hoc vero cum sit, locus est huic rescripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronuntiat, ineptissime in hoc rescripto legi *secuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum statim post stipulationem interponatur, id non exigunt propter stipulationem, sed propter pacta, quæ sequuntur, ut sciatur, utrum ad præcedentem stipulationem pertineant, nec ne.

9. Adhæc non leve momentum ad sententiæ suæ confirmationem reperisse se existimant in *l. 4. §. ult. ff. hoc tit. §. l. si ita quis. 135. §. 2. ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid prælidii sibi positum putent, justam causam habent. Nam quod ad *d. l. 4. §. ult. ff. hoc tit.* attinet, sive casum ita formemus, ut ponamus stipulationem sortis & usurarum præcessisse, ac mox huic stipulationi pactum subiectum de non petenda sorte, donec usuræ solverentur: sive cum Accursio dicamus præcessisse conventionem, quam secuta sit stipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia. 134. §. 1. ff. de verb. oblig.* neutrum efficit, quod volunt. Nam nec ulla hic quæstio est, an pacta detrahentia a parte rei insint, reoque ipso jure defensionem parent in continenti stipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l. 4. §. ult.* sed an pacta adjicientia & augmentia obligationem insint a parte actoris, eique prosint ad actionem: nec ille casus huc pertinet, cum non pactum stipulationi, sed stipulatio pacto subjicitur. Atque ob hanc eandem rationem frustra quoque sibi opem quærunt in responso Jurisconsulti in *d. l. si ita. 135. §. 2. ff. de verb. oblig.* quippe cum nec in specie illic proposita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, sed duntaxat ad temperandam conditionem stipulationis; atque hanc solummodo vim habeat, ut non possit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10. Unus

10. Unus maxime locus sententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* Nam etsi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti stipulationis facta ad actionem prodesse (nihil enim hoc ad quæstionem illic propositam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quo pactus erat creditor, non ut peteret, sed contra ne peteret solidam sortem, quæ prius ex stipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta stipulationi inesse, eo dicto nihil aliud significare, quam pacta in continenti facta ex stipulatione esse, esse partem stipulationis, denique stipulatione contineri; quod intelligitur ex quæstione illi proposita. Promissa erat fors tota Calendis cum usuris totius sortis. Pactum secutum est ex continenti ut fors non jam tota solveretur Calendis, sed particulatim constitutis certis pensionibus in singulos menses. De usuris quærebatur, an si tota fors ex conventionione soluta non esset Calendis, nihilominus totius sortis usuræ deberentur. In hac quæstione ut efficiat Paulus totius sortis usuras non deberi, sed ejus tantum pensionis, quam solvi oportuit, propositum illi est ostendere superiore pacto recessum esse a stipulatione sortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, sed ipso jure, quasi eo pacto renovata sit præcedens stipulatio, id est, quasi secundum hoc pactum stipulatio sortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum stipulationi inesse videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta stipulatione contineri. Hoc autem si verum est, consequens est contra quam dicebamus, si quod pactum in continenti secutum est stipulationem, actionem eo nomine nasci ex stipulatione: quandoquidem ex stipulatu actio competit de iis rebus, quæ stipulatione continentur. De quo ut jam respondeam, non nego hoc ipsum significari a Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri & sententiam scriptoris: sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur, id est, quæ sunt de ea re, quæ in stipulationem deducta est, ea pacta si in continenti seu e vestigio sequantur stipulationem, stipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri stipulationem, ac si in verba eorum a principio stipulatio esset concepta: id enim fieret, si ea stipulatione continerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubie non continebitur illud stipulatione: nam quomodo contineri potest, quod verbis stipulationis non est comprehensum? *l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Neque hæc inter se pugnant. Multum enim interest, utrum obligationi quid detrahas, ut in specie Paulo proposita factum est, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio sit aut dies, aliave qualitas, an vero sit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat, dummodo diversitas illico placuerit. *l. I. §. 3. d. tit.* Novam autem stipulationem constituere aliam atque aliam rem promittendo sine verbis, id est, sine interrogatione & responsione non possumus.

11. Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda est, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem de his tantum accipiendam esse, de quibus actum est, ut innumeris locis ostendi potest. *l. qui cum. 9. §. ult. ff. de transact. l. si de certa. 31. C. eod. l. de eo. 12. §. 3. ff. ad exhib. l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom. l. si procurator. 35. ff. de acq. rer. dom. §. fratris. 3. Inst. de nupt.* Quidam putant pactum in superiore specie prodesse

etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas pensiones singulas earumque sua die non solutarum usuras. Sed male. Nam creditor, qui totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit & singularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non desiderat. Neque potest pactum hic propositum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim posset actio esse ex ea conventionione, quæ non ad obligandum promissorem interposita est, sed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quaestio erat, an pacto isto etiam a stipulatione usurarum recessum esset, solutio quoque usurarum dilata ac divisa. Si verba spectamus, non videtur; si vim ac potestatem, contra. Nam cum ita paciscendo sortis solutionem distulit & diviserit creditor, consequens omnino est, ut etiam divisisse intelligatur solutionem usurarum.

14. Ut summatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ stipulatione comprehensa est, si hæc detrahant aliquid de summa præcedente, si hæc detrahant stipulationi diem aut conditionem, si hæc duo stipulationi adjiciant, omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, id est, statim & sine intervallo stipulationi subiciantur, recte dicantur stipulationi inesse: atque his pactis ita renovatur ipso jure stipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde sit, quasi nec in stipulationem venisset, si summa detrahat, si dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde sit, ac si a principio hoc stipulatione comprehensum esset. Intelligi autem debet omnia hæc pacta esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur stipulationi, scilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui statim pecunia peti potuisset. Hoc intellecto recte dicemus pacta omnia stipulationi ipso jure detrahere; seu efficere, ut quod in his ex continenti factis stipulationi detrahitur, nec deductum in stipulationem videatur, detracto sine intervallo consensu, quamvis verbis manentibus. Quod si pacta obligationi adjiciant, id est, de alia re præstanda facta erunt, quam de ea, quæ stipulatione continetur, hæc ita stipulationi inesse non possunt, ut his subiectis ex stipulatione agi possit. *arg. l. quidquid. 99. ff. de verb. obl.* Hæc ferme summa est eorum, quæ in hanc sententiam fuscè disputantur a Donello in *d. l. lecta. 40. ff. de reb. cred. n. 23. & seqq. add. Cujac. in l. si ita. 135. ff. de verb. oblig.*

C A P. XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum?

1. Ex pacto in bonæ fidei contractu interposito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appositum.
2. Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præscriptis verbis dari existimant.
3. Species l. Labeo. 50. de contr. empt.
4. Baldi & Duareni sententiam juvari l. 6. de resc. vend. & l. 2. C. de pact. int. emp t.
5. Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam vel in d. l. 2. esse correctoriam.

6. Ex

6. Ex pactis, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præscriptis verbis.
7. Falsum esse ostenditur, quod quidam existimant non posse ex eodem negotio competere duplicem actionem, quarum una sit bonæ fidei, altera stricti juris.
8. Movetur difficultas ex l. 4. de leg. commiss. & l. 16. de in diem addit.
9. Bachovium, dum hinc se expedire conatur, subtilem agere.
10. Non pugnare d. l. 4. & d. l. 16. cum sententia tradita n. 6.

1. QUÆ hic nostra sit sententia, ex iis, quæ superioribus capitibus differuimus, facile intelligi potest. Diximus illa pacta duntaxat inesse quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præstationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum est. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus contractus, cujus in continenti appolita sunt. Nam quod Baldus in l. 7. §. *quinimo. hoc tit. n. 4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujusmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ sit ipsius contractus; alteram præscriptis verbis, quæ nascatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari potest.

2. Est enim constanter traditum, ubi actiones usitatæ & nominatæ competunt, non esse locum actioni præscriptis verbis, sed ad hanc demum decurri illis deficientibus. l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præscr. verb. Itaque si, verbi causa, tibi vendiderim partem insulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut insulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut usuras, propter quas erat obligatum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio sit ex vendito aut empto. l. fundi. 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventionem. 11. C. hoc tit. actio propria contractus, cui inserta sunt, præscriptis verbis ex his non dabitur, idemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta sunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in d. l. 7. §. *quinimo. 5. hoc tit.* Nam si pacta ex continenti interposita hætenus solum operantur, quatenus contractui insunt & formant actionem ex contractu descendente, non poterit ex his competere actio præscriptis verbis: quippe cum eatenus nec insint, nec actionem forment: quatenus enim insunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. At actio præscriptis verbis est actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta possunt, quam quatenus & ipsa constituerent contractum innominatum, ut ipsi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod absurdum est, eoque posito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum esse supra demonstravimus.

3. Nihil pro dissentientibus facit l. Labeo. 56. ff. de contr. empt. Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, sed de venditione contracta sub conditione, quod etiam locus ipse satis ostendit. Proponitur bibliotheca vendita sub hac conditione, si decuriones Campani locum emptori vendidissent, in quo eam poneret. In hac specie si per decuriones Campanos non stet, quominus conditio impleatur, Labeo actionem præscriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præstet, quod ejus interest conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem stabat, quo minus impleatur.

4. Præcipue vero moti videntur Baldus & alii *l. 2. G. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de rescind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti restitueretur; in altera, si res quæ venit, intra certum tempus displicuisset, redderetur; atque utroque casu conceditur vel actio ex empto, vel in factum præscriptis verbis.

5. Hic ergo probare non possum, quod a quibusdam responderetur ad *l. 2. G. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, sed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita esse accipienda, quasi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti posset: sed posteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id persuaderi posse non existimo. Apud Paulum Alexandri consiliarium in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* converso modo scriptum est duas actiones ex pacto illic proposito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic respondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum simili modo esse correctoriam, non *ἢ ἢ*, is solam admiserit actionem in factum præscriptis verbis, non ex empto: sin minus, fateatur utramque in specie Paulo proposita competere. Apud Pomponium ex sententia Celsi relatum est, si iusserim liberum hominem, qui bona fide mihi serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. *l. is qui. l. 3. §. 2. comm.* Quod si hic particula *vel* corrigendi vim habet, præscriptis verbis duntaxat, non etiã mandati experiri poterò.

6. Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi casus singulares, & pacta ejusmodi, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum sit, apud veteres sit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda esset: exempli causa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis distrahendæ gratia appositum est, nam certo jure jam olim admittæ hic fuit actio præscriptis verbis. *l. si vir uxori. l. 2. ff. de præscr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi posse, ita tamen, ut & altera adhuc manserit, atque in arbitrio paciscentis jam sit, utra in hujusmodi casibus experiri velit.

7. Quod vero quidam existimant ne his quidem casibus cum actione ex contractu concurrere posse actionem præscriptis verbis, neque fieri unquam posse, ut ex eodem negotio & actio, verbi causa, ex vendito detur, & actio præscriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc stricti juris sit, id ego falsum esse non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex causa emptionis, locationis, mandati, societatis, tutelæ, negotiorum gestorum utar conditione certi, quæ stricti juris est *l. 3. §. 1. l. 9. pr. & §. 3. ff. de reb. cred. l. 1. in duobus. l. 28. §. exceptio. 4. ff. de jurejur.* quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere possim. De commodato, deposito, pignore idem dicendum est. *l. 4. §. 1. & d. l. 9. §. 3. ff. de reb. cred.* Et est extra pecuniam numeratam hic etiam locus conditioni triticiariæ. *l. 1. ff. de cond. tritic.* Nulla autem conditio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio est bonæ fidei. Et quidni debitor soluto debito pignus condicere queat conditione sine causa? *l. 4. §. 1. ff. de reb. cred.* Sic in specie *l. 2. ff. de cond. sine caus.* locati actio cum conditione sine causa concurrat in *l. ex empto. l. 1. §. is qui vina. G. ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem conditione sine causa.

8. Sed hic nobis occurritur ex *l. 4. ff. de leg. commiss. & l. Imperator. l. 6. ff. de in diem addit.* quibus & ipsis locis de iis pactis agitur, quæ spectant ad dissolutionem contractus,

ctus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo sunt interposita. Et si autem hoc sententiam nostram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta sunt; tamen alia parte nobis adversatur, quatenus dicimus ex pactis resolutoris, quæve tendunt ad contractus, cui apponuntur, rescissionem, utramque actionem competere, & præscriptis in factum verbis, & eam, quæ sit ex contractu. Hic.

*Pauci, quos æquus amavit
Jupiter. &c.*

expedire se potuerunt.

9. Bachovius Jurisconsultus subtilissimus, non tamen tam suæ sententiæ adstructor, quam destructor alienæ, existimat esse iterum aliquid singulare in casibus, qui referuntur *d. l. 16. ff. de in diem add. & d. l. 4. ff. de leg. commiss.* propter quod ex istis pactis, utut resolutoris, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui sunt apposita, detur, non etiam præscriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præscriptis verbis non datur, nisi in id, quod interest impletum esse, de quo convenit: cui consequens sit, ubi potestate legis impletur, quod in conventionem deductum est, ibi cessare actionem præscriptis verbis; idque evenire in lege commissoria & additione in diem, si pecunia sua die soluta non sit, aut melior sit allata conditio; utpote quibus casibus ipso jure, & sine ulla actione contractus resolvitur. *l. 1. l. 5. ff. de leg. commiss. l. 2. pr. l. 4. §. 3. l. 9. ff. de in diem addit.* Quod si porro quis objiciat, resolutio ipso jure contractu ne actioni quidem contractus locum esse posse, respondet hanc quidem rationem fuisse dubitandi, quasi dominio ipso jure ad venditorem reverso res vindicanda sit: obtinuisse tamen, ut actio contractus daretur; quia utique semel intercessit & intermedio tempore vere substituit: & maxime ob præstationes personales, quæ in judicium vindicationis commode venire non possunt.

10. Cæterum etsi hæc a viro ingenioso subtiliter disputantur; mihi tamen longe verisimilius esse videtur, quod veteres etiam in casibus *d. l. 4. ff. de leg. commiss. & d. l. Imperator. l. 6. ff. de in diem addit.* & similibus ad rescindendam venditionem pertinentibus, tantum admiserint actionem præscriptis verbis. Patet hoc ex *l. si vir uxori. l. 2. ff. de præscr. verb.* cujus responsi auctor est Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis est ad *d. l. 4. & ad d. l. 16.* responsio; nempe etsi quidam existimaverint, etiam ex vendito istis casibus agi posse, & secundum eos quæstio decisa sit rescriptis Imperatorum Antonini & Severi. *d. l. 4.* nihilominus tamen mansisse adhuc actionem præscriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certissimum argumentum est, quod & Paulus in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* & Alexander in *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* postquam jam diu quæstio decisa esset ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus concesserint: ut existimare liceat non illud quæsitum fuisse, an prædictis casibus ex vendito tantum agi oporteret, sed an posset etiam agi ex vendito, cum certo jure agi posset præscriptis verbis. *consent. Don. in d. l. 2. C. de pact. int. empt. Zoef. ad Pand. hoc tit. n. 64.* Tota autem hæc & superiorum aliquot capitum disputatio hodie supervacua & plane inutilis est: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberato initorum non minor sit vis & efficacia, quam quæ stipulationis jure Romanorum fuit, consequens est, nec minorem eorum esse vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta sunt; nec quicquam

referre

referre contrahibus stricti juris, an bonæ fidei, sive ex continenti, sive ex intervallo apponantur: denique superfluum nunc esse quærere, quæ actione petendum, quod pacto comprehensum est.

CAP. XII.

De pactis tacitis.

1. *Illata & inuenta in prædium urbanum, pignori esse locatori, quasi id tacite convenerit; in rusticis prædiis contra observari, & quare.*
2. *Explicatio l. 3. in quib. caus. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. cod.*
3. *Sententiam Fulginian in §. item Serviana. Inst. de actionib. a Theophilo recte expressam.*
4. *Locus Ulpiani in l. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun. explanatur.*
5. *Non coherere §. 1. l. 7. in quib. caus. pign. tac. cum principio.*
6. *Quid novi constituerit Justinianus l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.*
7. *An ad obligationem illatorum in prædium rusticum sufficiat illata esse voluntate domini, cum examine l. 5. C. de locat.*
8. *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille inscio curatore in ædes conductas intulit.*
9. *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris a studiosis importatis.*
10. *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat: & consequenter etiam pignus remisisse.*
11. *Pignoris redditus non eadem ratio, & quare.*
12. *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remissa videatur.*
13. *Quid juris si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus.*
14. *Refertur communis DD. sententia, afferentium etiam unius ex pluribus ejusdem debiti chirographis redditione censei obligationem remissam, eorumque argumenta.*
15. *Refellitur hæc sententia, & argumentis a Bartolo adductis occurritur.*
16. *Respondetur plenissime ad singula argumenta prolata a Bachovio.*

SATIS jam contemplationibus Academicis indultum est: quæ porro sequuntur, ca non minus in foro, quam in scholis usum habent, & ubivis locorum etiam praxin exercentibus hodieque utilia sunt. In paciscendo nulla desideratur solennitas, sed sufficit quocunque modo paciscentes consentire vel expresse sermone, & tractatu inter præsentibus habito, aut per epistolam nuntiumve inter absentes; vel tacite nullo tractatu habito. *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc divisio, quod quædam sint expressa, quædam tacita. Pactum expressum est, quo aut verbis aut per epistolam nuntiumve voluntas paciscentium significatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis est, quæ expressi. *l. 2. & 2. seqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio sive consensus tacitus vel lege tantum præsumitur intervenisse, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo inuenta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quasi ex tacito pacto pignori sunt locatori; quæ species tacitæ conventionis obligatoria est: vel re & facto aliquo consensus declaratur, veluti redditione chirographi aut instrumenti pignoris, &c. quod genus taciti pacti liberatorium est.

1. De

1. De priore in genere ita jus est, ut quæ in prædia urbana inducuntur & illata sunt ab inquilinis, ea pignori sint locatori, quasi id tacite convenerit. *l. 4. ff. hoc tit. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* in prædiis rusticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi nascuntur, tacitum pignus quasi ex conventionione habeat. *l. in prædiis. 7. ff. eod. tit. l. 3. C. eod.* illata autem & importata a colono non aliter pignoris jure teneantur, quam si id nominatim convenerit. *d. l. 4. ff. eod. l. 5. C. eod. l. 5. C. de locat. §. 3. Inst. de interd. &c.* Hujus autem differentiæ ratio si quærat, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata. *l. si servus. 61. §. locati. 8. ff. de furt.* Quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transit, & pro dicto habitum, sicubi dictum non esset, ut eleganter Cujac. ad. *d. l. 4. ff. hoc tit. add. Donell. c. 4. de pign. Bachov. l. de pign. 11. Tulden. in Cod. in quib. caus. pign. tac. n. 3. Pérez. ibid. n. 2. & 7. Garz. ad l. 5. C. de locat. Christin. vol. 3. decis. 110.* Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quasi ex tacita conventionione jus pignoris non habet; sed ad hoc opus est conventionione expressa.

2. Nec est contrarium, quod Ulpianus in *l. 3. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* ex auctoritate Neratii respondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diversorium, vel aream tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo seorsum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ nostratibus Packhuysen: nam si fundus conductus sit, horreum pars fundi intelligitur. *l. fundi. 211. ff. de verb. sign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, sed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, sive planitiem, quæ circumsepta idonea sit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, asseres, & hujusmodi alia reponenda & asservanda. Diversoria autem & stabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teste ipso Neratio, in causa taciti pignoris, a prædiis urbanis non differunt. *d. l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. add. l. urbana. 198. ff. de verb. sign.*

3. Quod autem Justinianus scribit §. item Serviana. 7. *Inst. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet sententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere: Nam ut bene Mynsingerus, relatum quæ illic non demonstrat, sed distinguit. In paraphrasi Græca clare rem sic expressit Theophilus, ἐμιοδώσω τὰς ἐμὲ τ' ἀγροὺς, & γάρτοις μισθολῶν, &c. εἰρήχαις ἢ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ & παράγειν, ὁιονίππυς, βὰς, &c. παλιδί(ας) ὡς μισθὸν ἀποκείτω λόγῳ ἐμιοδώσω. Conduxisti, inquit, a me fundum, & factus es mihi colonus, &c. Induxisti autem in eum fundum & res quasdam, veluti equos, boves, &c. pactus ut hæc mihi mercedis nomine obligarentur.

4. Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum est *l. est quis. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun.* mortuo colono vel inquilino, si non sit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. Non potes hic respondere cum Bachovio *lib. 1. de pign. c. 11. n. 4.* non eam esse Ulpiani sententiam, quod invecta illata a colono vere pignori sint obligata; sed hanc, quod instar pignoris superfluum pro debita pensione retineri potest, eodem nimirum sensu, quo alibi idem Jurisconsultus ait, posse venditorem, emptore pretium non offerente, quasi pignus retinere rem, quam vendidit. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. de act. empt. & Paulus l. creditoris. 15. §. ult. ff. de furt. commo-*

H

datarium

datarium ob impensas in rem commodatam factas habere retentionem, quasi pignoris loco ea res sit. Etenim verba illa Ulpiani, *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent, a quo illata & inuenta constat pro mercede pignoris nexum subire. Deinde non alius retentionem rei habere potest, nisi qui & eam detineat; qui in proposito non est locator, sed heres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, posse superfluum quasi pignus retineri, sed superfluum pro debita pensione teneri, quo verbo significatur obligatio. *l. 6. l. 9. ff. in quib. caus. pign. tac. l. grege legato. l. 3. pr. ff. de pign. & passim alibi.* atque hoc innuit Jurisconsultus etiam tacito pignori impensam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere soleat, cum bona solvendo non sunt. *l. pen. ff. de relig. & sumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos esse terminos habiles, nempe cum in colono casum, quo de illatis, ut pignori essent, expressim, ut & assolet, *l. potior. l. 1. §. 2. ff. qui pot. in pign. convenit.*

5. Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l. 7. ff. in quib. caus. pign. tac.* non cohærere cum principio: sed illic determinari, quænam ex illatis & inuentis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Perezius existimat, locum accipiendum esse de eo casu, quo expresse placuit illata quoque & inuenta in fundum pignoris jure teneri.

6. Minime autem movere nos debet constitutio Justiniani in *l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.* quippe qua constitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium rusticum, sed jus taciti pignoris in inductis & illatis in prædium urbanum, quod antea quibusdam in locis duntaxat obtinebat, producit ad omnes provincias. Itaque *ὁ ἐν δρχῇ λαμβάνει*, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis rusticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7. Veterum interpretum sententia est, in urbanum quidem prædium illata indistincte pignori esse, etiam si neque pactio intercesserit, neque sciverit locator illata esse: in rusticis autem prædiis, expressa quidem conventionione opus non esse ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, sufficere si voluntate domini illata sint; quod nec ipsum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris. §. C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint, &c.* Sed cum novum non sit, ut voluntatis nomine adsignificetur expressa conventio, uti apud Marcianum in *l. Pomponius. §. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* & apud Justinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id est, expressa conventionione dicitur fieri novatio; satius est ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventionione. Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, nisi simul ut pignori illud sit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, cum *Donell. de pign. c. 4.* si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipsa & per consequentiam pacisci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa sint. Græci, *πάντα ὅσα οἱ μισθωτοὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τῷ μισθωθέντι αὐτοῦ ἀρχὴν, βελομένην τῷ δισπότῃ, ὑπόκεινται* περὶ ἐπὶ τῷ μισθώματι. ἐπὶ τῷ οἴκῳ μισθωθέντι, καὶ ἀγνοῦνται τῷ δισπότῃ εἰπὶν εἰσνεχθῶσιν, ὑπόκεινται. i. e. Quæcumque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ vero in ædes

con-

conductas inferuntur, ea pignori sunt, etiamsi importata sint domino ignorante, in eandem: ut videtur, sententiam. Cæterum superior DD. opinio in praxi prævalere dicitur, & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta usum fori, vaccæ, boves, oves, cæteræque pecudes, quæ pascuntur in agris & pascuis conductis, pignori sunt locatori, si sciente illo fuerint immissæ.

8. Porro ex iis, quæ sunt dicta supra, satis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non esse vere & proprie, aut totum legale, seu quod ab ipsa lege constituitur; sed esse ex tacita conventionem, quam lex præsumit ex facto illationis. Unde quæsitum est, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille sine curatoris consensu in ædes conductas intulit. Et siquidem hoc esset pignus mere legale, id est, si citra ullam conventionem de pignore sola potestate legis induceretur, nullum hic esset privilegium minoris; quia lex operatur sine respectu personarum: unde bona minoris cum fisco contrahentis, l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. item uxorem ducentis obligantur: quia istæ hypothecæ sunt pure legales, ut recte Gloss. & Cyn. in l. ult. C. de leg. tut. (quanquam hic dissentit Costalius in l. 4. ff. h. t. falso asseverans Bartolum sibi in hac re assentire in d. l. 4. & in l. si constante. 24. ff. solut. matr.) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis est, sed magis conventionalis, nascens ex præsumptione tacitæ conventionis, ut apparet ex d. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod. dixerim res a minore illatas sine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignerandi non habet. Ita Costal post DD. comm. in d. l. 4. ff. hoc tit. & in d. l. si constante. 24. ff. solut. matr. Sicard. ad l. 5. C. de locat. n. 11. Bachov. I. de pign. l. 1. diff. Negus. p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg. Treutl. disput. de pignorib. thes. 4. Christin. vol. 3. decis. 110.

9. Sed quid si studiosus (intellige, qui major sit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit; an & libri, quos ille intulit, legem taciti pignoris sequentur? Et Schneidewinus post Jasonem & Zasium in §. item Serviana. 7. Inst. de action. Bachov. lib. 1. de pign. c. 11. negant sequi, idque duplici potissimum argumento. Primum peti- tum est a simili, quia, inquiunt, quemadmodum instrumenta rustica in fundum illata a colono obligata non sunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur. l. 7. l. 8. C. quæ res pign. oblig. ita nec libri studiosorum in Museum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum sumptum est a natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ verisimile est quemquam specialiter obligaturum fuisse. l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pign. At generalis, inquiunt, hypo- thecæ naturam sequitur hypotheca illatorum; nec verisimile est studiosum libros suos specialiter obligaturum fuisse. Sed tamen praxis apud nos, & in omnibus fere Academiis est in contrarium. Nec obstant rationes allatæ. Non enim ideo instru- menta rustica in fundum illata a nexu taciti pignoris libera sunt, quia iis fundus colitur; sed quia nec in aliis a colono illatis inductisve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui satis cautum fructibus, qui in fundo nascuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt ex l. 6. ff. de pign. Nam studiosi supellex pene omnis est in libris posita, ut verisimile non sit studiosum tacite ex tacito suppellectilis pignore voluisse excipere supellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ a studioso illata sunt, tacitum pignus esse. Sed nec procedit argumentum a pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: siquidem inter invecta & illata supellex quoque contineri intelligitur. l. in præ-

diis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. contra quam in pignore generali. *d. l. 6. ff. de pign. Per. in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipsi paciscentes facto aliquo consensum declarant.

10. Hujus generis exemplum elegans est, si creditor debitori chirographum reddiderit: tacite enim pactus videtur, ne petat, & debitum remisisse. *l. 2. §. 1. ff. hoc tit. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3.* Et consequenter etiam pignus, si quod intervenerit, hic remissum intelligi debet. *arg. l. in omnibus. 43. ff. de solut. l. 7. C. de remiss. pign.* sicut & cum expresse paciscor, ne debitum petam, pignoris obligatio per exceptionem tollitur; quæ sententia est *l. si tibi. 17. §. 2. ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque sit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obstat *l. si chirograph. 24. ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, sed præsumptio solutionis: contra quam tamen probationes manifestæ audiuntur: sicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare se ob aliam causam chirographum reddidisse. 11. Pignoris redditum non eadem ratio. *l. 3. ff. hoc tit.* quippe chirographo ipsa principalis obligatio continetur. *l. servum filii. 44. §. eum qui. 5. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* At obligatio pignoris a debito principali separata est, atque hujus quædam *impensum* seu accessio duntaxat: *nov. 4. l. in omnibus. 43. de sol.* ut præsumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitasse simul de remittendo ipso debito.

12. Simili ratione conventio fidejussoris non continuo prodest reo. *l. 23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejussori prodest. *l. 21. eod. in fin. Cujac. ad d. l. 2. eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remissa intelligi debeat, nullus dubito. *arg. l. 1. §. 1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hic distinguendum arbitror: Si instrumentum, quo pignoris obligatio conscripta & constituta est, redditum sit, obligatio pignoris omnino remissa censi debet, per *d. l. 7. C. de remiss. pign.* At si creditor ipsam rem pigneratam, quam possidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & simpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum usum. Priore casu videtur eo animo reddidisse, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi significationem retro dandi habet, ut eo loco res sit, quo prius fuit. *l. verbum. 94. ff. de verb. sign.* atque in dubio censetur ultro & simpliciter reddidisse. *fac. l. cum de causa. 9. C. de remiss. pign.* Posteriore casu, ubi constat creditorem debitori petenti reddidisse rem pigneratam in aliquem usum, non intelligitur pignoris vinculum dissolutum esse: liquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum. *l. cum & sortis. 35. §. 1. ff. de pign. act. l. qui pignoris. 36. ff. de acq. poss. Busf. ad l. 2. ff. hoc tit. Bachov. ad hunc tit. in secunda divis. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus usus est: pignore autem reddito non item, quoniam eo debitor uti potest, etsi momentum aliquod habet, non est tamen adæquata.

13. Quid si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus? Puto soli ei, cui redditum est, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum est, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egisset, tamen alteri paciscendo exceptionem quærere non potuit. *l. si tibi. 17. §. 4. ff. hoc tit. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* utique si nihil paciscentis intersit alterius quoque obligationem dissolvi. *l. & heredi. 21. §. ult. l. fidejussoris. 23. h. t.* nec excipimus duos debendi reos, nisi & socii sint. Bartolus eo amplius existimat ei, cui instrumentum redditum

ditum est, etiam donatam intelligi actiones adversus alterum, eumque procuratorem constitutum in rem suam. At enim cum donatio non facile præsumatur, nisi cum alia quacunque conjectura deficiamus, aut alias actus inutilis foret (quod in proposita specie non accidit) non immerito hæc sententia aliis displicuit. Æquius enim & benignius est hoc factum sic interpretari, ut is, cui obligatio reddita est, censeatur pro sua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator a creditore constitutus. *Duarenus & Bus. ad d. l. 2. ff. hoc tit. Menoch. lib. 3. præsumpt. 143. Antonius Faber Cod. forens. definit. 6. Abbas Panormitan. in cap. Ecclesia. ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæstione recurrendum esse ad conjecturas pro varietate circumstantiarum. Est enim hæc quæstio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Jurisconsultum, qui nihil certi hic definire potest, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoscit, & circumstantias in singulis causis examinat. Quid enim dicemus, si creditor sit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta necessitudine conjunctus? Aut contra, quid si debitor forte miles sit, aut mulier, aut minor 25. annis? *Bachovius 2. div. pact. n. 6.* etiam hoc ipsum absurdum esse contendit, quod dicimus in casu proposito mandatam videri adversus tertium nominis exactionem: sed non esse absurdum argumento est, quod traditio instrumenti sicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatam actionum. *l. 1. C. de donat. l. Marcia. 49. ff. solut. matrim. l. serviunt filii. 44. §. 5. & 6. ff. de legat. 1.* Quid si ejusdem debiti plura sint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione censebitur obligatio remissa? Ajunt *Bart. Bald. Castr. Jaf. in d. l. 2. hoc tit. Menoch. d. præf. 140.*

14. Moventur hac ratione, quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum per *l. 24. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur. arg. *d. l. 2. §. 1. hoc tit. l. 52. de leg. 3. l. 1. C. de don.* Atque hanc sententiam *Bachovius d. 2. div. pact. n. 7.* ex professo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petatum est ex *l. veteribus. 39. hoc tit.* ubi *Papinianus* ait, veteribus placuisse, pactionem obscuram, vel ambiguum ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, unde infert creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, cum contra eum sit præsumptio juris. Secundum argumentum est, quia humanior est sententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis est definitio *d. l. 2. §. 1. eod.* Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi in dubio intelligi potest, quam debiti remissio. Quintum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur.

15. Cæterum hanc sententiam improbant *Duar. Forz. Garz. Paul. Bus. in d. l. 2. §. 1.* excepto si id actum fuisse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint, aut legatæ debitori. Et sane rationes a *Bartolo* & aliis adductæ tales sunt, ut pro creditore retorqueri possint in debitorem, nec minus creditori quam debitori favcant. Nam ut alii pro debitore sic ratiocinantur; Unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum, verum est igitur redditum esse: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri potest; Unum instrumentum est: atqui hoc a creditore retentum; igitur non est redditum. Sed nec illud simpliciter verum est, quod ajunt unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic esse aut plura instrumenta dici possunt. Quod

si contraria sententia admittatur, magna occasio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: quippe in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum a debitore retineatur, ut si quando, ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperiatur fraudibus. Censent igitur Duar. Garz. & Busius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse probetur. Quod si id doceri non possit, potius aëtori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis: quibus & nos subscribimus: facitque huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in test. del.*

16. Superest, ut respondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l. veteribus. 39. hoc tit.* de interpretatione pacti obscuri aut ambigui traditum est, non esse temere trahendum de ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur etiam eo casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vel frivola causa excludere debet donationis præsumptionem, cum nemo facile præsumatur suum jactare aut effundere velle. *l. cum de indebito. pr. de probat. & ibi DD. Jaf. in l. 3. hoc tit. Cyn. Bald. & DD. in l. 3. C. de non num. pec.* Idemque ad secundum argumentum responsum esto; nempe non usque eo liberationi indulgendum, præsertim ubi constat de præcedente obligatione, ut quis sine causa suum perdere voluisse præsumi debeat: donare enim, perdere est, *d. l. cum de indebito. 25. de probat. l. 7. pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l. 2. § 1.* restringendam esse ad eam speciem, ubi una duntaxat cautio exposita, & eadem reddita est. Ad quartum respondeo, cum creditor unum duntaxat e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis esse possit, qui potius præsumendus sit; nimirum ideo id factum esse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæso si animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitiose velle machinari adversus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo casu, cum quis unum e duobus chirographis reddit simpliciter, nec id se donare profitetur. Legare, est donare. *l. 36. de legat. 2. §. 1. Inst. cod.* Nec dubium est, quin quemadmodum donatis, sic etiam legatis tabulis, nomen ipsum seu debitum donatum legatumque intelligatur.

C A P. XIII.

De pactis in rem & in personam, deque eorum vi ac potestate.

1. Quid sit pactum in rem, quid in personam.
2. Pacta in rem quibus profint.
3. Species *l. 17. §. 4. hoc tit.*
4. Pacta in personam, non egrediuntur personam ejus, cui facta sunt.

5. Jure

5. Jure novissimo pactum rei, quantumvis personale, etiam fidejussori prodesse.
 6. Unde aestimandum, utrum pactum in rem sit, an in personam.

PRÆTEREA pactorum alia in rem sunt, alia in personam *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.* quæ divisio ab effectu sumpta est. Sunt, qui ratione materiæ sic distinguuntur pacta existimant: sed errore perspicuo labuntur: siquidem personæ non possunt esse objectum pactationis.

1. Pacta in rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam. In personam, quoties ne a persona petam, puta a L. Titio. *d. l. 7. §. pactorum.* Mos loquendi veterum juris auctorum est, ut quod generaliter & sine personæ designatione fit, id in rem fieri ab ipsis dicitur. Sic actiones exceptionesque in rem scriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus *l. metum. 9. §. ult. quod met. caus. l. 2. §. 1. l. 4. §. pen. de dol. mal. exc. l. 1. §. pen. de interdict. l. operis. 10. de op. nov. nunt.* Cum igitur quis generaliter paciscitur, ne petat, nec personam nominat, a qua petiturus non sit, in rem pactum dicitur conceptum esse. In personam vero, cum exprimitur certa persona. Nec inutilis est hujus distinctionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta sunt, ea omnibus profunt, quorum obligationem dissolutam esse, paciscentis interest. *l. §. heredi. §. ult. hoc tit.* 2. Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejussori, quoties debitoris pecuniariter interest, ut fidejussori quoque profit; scilicet quando fidejussor ejus nomine, quod pro reo solverit, mandati aut negotiorum gestorum actionem cum eo habet. Quibus autem casibus fidejussori adversus debitorem regressus non datur, veluti si donandi animo fidejusserit, aut pro invito & ventante, pactum rei fidejussori non prodest. *d. l. §. heredi. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. l. si pro te. 40. mandat.* nempe quia rei nihil hic interest a fidejussore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejussoris generale prodest reo principali, aut confidejussori, qui socius non est; scilicet quia nihil fidejussoris principaliter interest, a quoquam eorum non peti, cum nullam adversus eum nomine ejus, quod solverint, actionem habeant. *l. fidejussoris. 23. hoc tit. l. 39. de fidejuss.* Profunt porro pacta in rem & heredibus nostris. *l. tale pactum. 40. eod. l. si pactum. 9. de probat.* atque ut profint, etiam nostra semper interesse intelligitur, crediturque unusquisque eo esse animo, ut non minus heredibus suis, quam sibi prospectum velit. *d. l. 9. de probat.*

3. Non obstat *lex 17. §. 4. hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti personalis, si quis paciscatur, ne a se, neve a Titio petatur, & ratio Jurisconsulti eo tantum pertinet, ut significet ei, qui non ut heres adjectus est, etiam si postea heres extiterit, tale pactum non prodesse, nec ex postfacto confirmari, quod ab initio in persona adjecti non constitit.

4. Pacta autem in personam concepta ejus, cui facta sunt, personam non egrediuntur. *l. idem in duobus. 25. §. 1. eod.* qua de causa nec heredibus profunt. *d. l. 25. §. 1. d. l. 17. §. 3. §. 4. eod.* nec fidejussori. *l. nisi hoc. 22. eod.* quanquam vix est, ut hoc procedat jure novissimo. Jure veteri creditor electionem habebat a reo vel a fidejussore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire. *l. 5. l. si alienam. 19. C. de fidejuss.* neque hoc jus conveniendi fidejussorem omissio reo, pacto personali sibi adimebat.

5. At jure novo fieri non potest, quin pactum rei, licet personale, fidejussori quoque profit. Nam cum hoc jure *Nov. 4. c. 1. unde auth. presente. C. de fidejuss.* reum principalem prius conveniri atque excuti necesse sit, quam ad fidejussores veniatur, nec

ante

ante cum his efficaciter agi queat, quam si suum creditor a debitore consequi non possit; hoc beneficium ordinis & excussionis fidejussori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non potest. Itaque nunc etiam pacto personali cum debitore facto juvabitur fidejussor; nili ipse beneficio suo ultro renuntiaverit, quod facere potest. *l. pen. C. de pact. Cujac. in d. l. & heredi. 21. hoc tit. Borcholt. de pact. c. 2. in tertia divis. n. 4. diss. Ful. Pac.*

6. Utrum autem pactum in rem sit, an in personam, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium æstimandum est: adeoque in dubio, quantumvis persona adjecta sit, in rem tamen esse præsumitur: quia plerumque persona pacto inferi solet, non ut pactum personale fiat, sed duntaxat ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. *l. 7. §. pactorum. 8. hoc tit.*

CAP. XIV.

Qui cum quibus pacisci possunt.

1. Furiosi nullum omnino negotium gerere possunt.
2. Ratum habetur, quod gestum ante furorem aut in furoris intermissione.
3. Mente captorum & ebriorum eadem, quæ furiosorum ratio.
4. Prodigii & furiosi dissimilitudo.
5. Quibus rebus dispar conditio prodigi & minoris 25. annis.
6. Ipsone jure prodigo bonis interdicitur, an decreto magistratus.
7. Quid per verba ipso jure in l. 1. de cur. fur. significet Furisconsultus.
8. In his, quæ animo & affectu geruntur, infans vix distat a furioso.
9. Comparatio infantis & infantia proximi.
10. Comparatio infantia proximi & proximi pubertati.
11. Pupillum pubertati proximum ex conventionesua naturaliter obligari, etiamsi locupletior factus non sit.
12. Quo sensu nostri dicant, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.
13. Puberes minores 25. annis, curatorem habentes, sine consensu ejus, jure civili non obligantur.
14. Confutatio sententia contraria.
15. Exponitur l. obligari. 43. de obl. & act.
16. Consideratio auctoris circa l. puberes. 101. de verb. oblig.

PACISCI possunt omnes, qui consentire & jure gentium se obligare possunt. Igitur & mutus. *l. 4. §. 1. hoc tit. & surdus l. 48. d. 0. & A. & deportatus. l. sunt quidam. 17. §. 1. de pæn. l. 15. de interdict. & relig. & filiusfam. ut sibi præjudicet. l. & heredi. 21. §. 3. & 4. l. in persona. 30. hoc tit. & servus ex persona sua, ut naturaliter obligetur & obliget. l. 14. de oblig. & act.* Removentur autem hinc furiosi, mente capti, ebrii, infantes.

1. Furiosum nullum negotium gerere aut contrahere posse natura manifestum est. *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si a reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* quia expers est voluntatis & mentis. *l. furios. 40. eod. tit. l. 2. C. de contr. empt.* est enim furor mentis ad omnia cæcitas. *Cic. 3. Tuscul.* unde furiosus per omnia & in omnibus absens, quic-

quiescentis, dormientis & ignorantis loco habetur. *l. 2. §. pen. de jur. codicill. l. ubi non voce. l. 24. §. 1. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poss. l. 4. de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat. *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curator dici possit, quod agitur aut geritur, probare.

2. Enim vero si furiosus dilucida habeat intervalla, quod gessit in intermissione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimitur. *§. 1. Inst. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac. & ibi DD.*

3. Quod de furioso, *μῆνουμενός*, dicitur, id etiam pertinet ad mente captum, *ἀνόντων* seu dementem, qui furore non corripitur, sed in quiete est: quoniam non alia ratione in furioso obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit. *§. furiosus. 8. Inst. de inut. stipul.* Sed neque ebrius i. e. qui vino gravis & ob id sui est impos, hac in causa a furioso separandus. Nihil enim aliud est ebrietas, quam voluntaria insania: nec minor est furore, sed brevior, Senec. *epist. 83.* Platoni *1. de leg.* non solum senex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque procures nostri furioso comparare solent; quasi non magis illius, quam hujus ulla voluntas sit. *d. l. furiosi. 40. de reg. jur. l. 1. de cur. furios.* Verum hæc similitudo claudicat, & locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis suis vult deminuerere, alienare, &c. quibus casibus furioso assimilatur, quia in his exitum furiosi facit. *l. his qui. 12. in fin. de tut. dat. ab his.*

4. In acquirendo autem dissimilitudo est: quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, aut ipse obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet. *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. 5. de reg. jur.* At prodigus paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirere potest; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furiosus. *l. 4. de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de se obligando, aliove modo conditionem suam deteriorem faciendo agitur; sed de acquirendo, de sibi paciscendo aut stipulando, aliave ratione conditionem suam meliorem faciendo, *l. 3. de nov.* hic prodigus non cum furioso, sed cum pupillo pubertati proximo comparandus est. *l. certi conditio. 9. §. 7. de reb. cred.* aut cum pubere minore 25. annis curatorem habente. *l. 3. C. de in int. rest. min.* quos constat etiam inconsultis tutoribus aut curatoribus alios sibi obligare posse, & conditionem suam quoquo modo facere meliorem. *pr. Inst. de auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum consensu curatoris omnia gerere potest. *l. 5. de reg. jur. §. pupillus. 9. Inst. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris consensu. *arg. d. l. certi conditio. 9. §. sed & si. 7. de reb. cred. d. l. 3. C. de in int. rest. min. l. 5. §. 1. de acq. her.* ubi scriptum est, cum, cui bonis interdicitur, hereditatem sibi delatam adire posse: nempe cum consensu curatoris, ut recte *Gloss. & DD.* in hoc enim distat a furioso, quod solum significare voluit Jurisconsultus.

5. Plane in eo quoque a pubere minore 25. annis distat prodigus, quod pubes & testamentum facere potest, & ad testamentum testis adhiberi. *l. 5. qui test. fac. §. 1. Inst. de test. ord.* quorum neutrum concessum prodigo. *l. is cui lege. 18. d. 1. §. testes. 6. Inst. eod. §. 2. Inst. quib. non est perm. fac. testam.* Quæri vulgo solet, prodigulne intelligendus sit, qui factio talis est, qualem describit Ulpianus *l. 1. de cur. furios.* an vero decre-

tum magistratus expectandum. Hoc est, an ipso jure & lege 12. tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis in *d.l. 1.* describitur, re vera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent a sententia & cognitione judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quod rerum administrationem attinet neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *lib. 3. sent. 4.* Nimirum bonorum administratione ademptio sive interdictio non juris, sed jurisdictionis est, hoc est, nemini speciatim bonorum administratione lex interdicit, ac ne potest quidem interdiceret. sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui publice bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum. Ulpian. *tit. 12. §. 2. fac. §. 2. lult. quib. non est perm. fac. test. l. 6. de curat. fur.* qui tamen & lege bonis interdici dicitur. *l. is cur. 18. qui test. fac. poss. l. 5. §. 1. de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2, *serm. 3.*

Interdictio huic omne adimat jus

Prator, & ad sanos redeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, & vera sit mentis ac voluntatis privatio, ut furioso a magistratu bonis interdiciatur, non requiritur. At vero an quis prodigus cenferi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus & cum frugalitate in gratiam reversus definit ipso jure esse in curatione. *d.l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus. Nimirum textus juris ita sunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principis aliarum disciplinarum repugnent. Qui fieri possit, ut citra magistratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum est curatore dato, se liberet a curatione, & curator ipsi datus curam & administrationem rerum deponat? aut quis secure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipsi prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut stuant & judicent, an morum redierit sanitas. Itaque dicam per verba ipso jure in *d.l. 1.* non excludi sententiam declaratoriam; sed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25. annis, quæ certo & statuto tempore, anno sc. vigesimo quinto, finitur, secus atque illa prodigi, quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magistratui competere debet. *Gail. 2. obs. 51. Ant. Fab. Cod. suo forens. tit. de cur. fur. defin. 7. Tulden. Cod. eod. n. 5. Christin. vol. 1. decis. 163.* Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria, ejusque publicatio, teste *Grot. 1. manuduct. 11. add. Jod. Damhoud. c. 8. de tut. & cur. mun. n. 26.*

8. Infans quoque seu septennio minor, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. l. 18. C. de jur. delib.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo

bendo obligari, aut obligationem sibi acquirere, §. *pupillus*. 9. *Inst. de inut. stip.* Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, iudiciumque infantis in re, quæ facti magis est, quam juris, suppleatur auctoritate tutoris. *l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. de acq. poss. l. 3. C. eod.*

9. De proximo infantia quoque dicitur, nullum eum habere intellectum. *d. §. pupillus*. nihil scire aut discernere. *l. 3. de acq. her.* non intelligere, quod agitur. *l. 1. §. huic proximus. l. 2. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere. *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum in *d. §. pupillus*. aliisque omnibus istis locis proditum sit, cum qui infantia proximus est, & stipulari & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere possent, quam cum, qui proximus sit pubertati quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantia proximi cum mica salis accipienda erit; quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam si nec proximus infantia ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admitenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantia proximus sponsalia contrahere, item sine tutoris auctoritate incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti in *l. in sponsalibus. l. 4. de sponsal. l. 1. §. 3. de acq. poss.* Igitur infantia proximi idem juris habent, quod proximi pubertati, nimirum ut paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi prodesse & obligationem acquirere possint, & cum tutoris auctoritate omnia gerere.

10. Cæterum cum hoc illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus. l. 3. de obl. & act. l. 9. de acq. her. l. 6. rem pup. salv.* sciendum est in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantia sit proximus, seu adhuc consistat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & poenæ capax est proximus pubertati. *l. pupillum. l. 11. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulc. viol. l. impuberem. 23. de furt. l. heredibus. l. 3. §. 1. de dol.* Et cum infantia proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex conventionem sua vel contractu sine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videmus autem, quid de hac quæstione statuendum sit.

11. Et posito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere potest, quod agitur, naturaque velle & consentire, consequens est omnino, ut etiam ex conventionem sua naturaliter obligetur. At pupillum, quia ea ætate sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse satis ostendunt textus in *l. 13. §. 1. de dolo. l. pupillum. l. 11. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poss. §. pupillus. 9. Inst. de inut. stip.* in quibus hoc solo intuitu infantia proximus separatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat, ille doli expers sit, hic capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum esse eorum animi iudicium. *§. 1. Inst. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte dicitur etiam de pubertati proximis: sed in re, de qua illic agitur, scilicet de dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius iudicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper pubertati proximum)

sine tutoris auctoritate contrahentem, naturaliter obligari. *l. cum illud. 25. §. 1. quando dies leg. l. si pupillus. 21. ad leg. Falc. l. Stichum. 95. §. 2. de solut. l. in numerationibus. 44. eod. l. si ejus. 64. ad sen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promissit, teneatur. *l. si pupillus. 127. de verb. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in se suscipiente citra tutoris auctoritatem novetur. *l. 1. in fin. de novat.* Unde etiam corrumpit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex conventionem obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex sola promissione sua aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem interest, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium solutum condicere potuit. *l. naturaliter. 13. §. 1. & l. seq. de condict. ind.* Puto etiam hoc casu compensationem pati debuisse. At divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus est. *l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque esse cœpit hæc pupilli obligatio. Quando autem locupletior factus non est, tunc & solutum repeti potest, & compensationi locus non est. *d. l. 13. §. 1. l. quod pupillus. 41. de cond. ind.* non quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12. Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventionem oritur, effectus præcipuus consistit in jure compensandi & soluti retinendi. *l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act.* obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, nisi quatenus locupletior factus est, inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando Jurisconsulti loquantur, quasi ne natura quidem isto modo obligaretur. *d. l. 41. de cond. ind. l. pupillus. 59. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, tanquam nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve nocere aut prodesse posset. Multo magis ex conventionem & promissione sua jure naturæ obligantur puberes minores 25. annis: quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læsis necessaria sit in integrum restitutio. *l. 3. C. de in int. rest. min.*

13. Quod si curatorem habeant, consensum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur. *d. l. 3. ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure censentur cum iis, quibus bonis interdictionem est, quos constat jure civili sine curatorum consensu non obligari. l. 6. de verb. obl.*

14. Ac proinde admittenda non est sententia Cujacii ad *l. puberes. 101. de verb. obl. Vult. disc. 16. Fachin. 3. contr. 9. Bronch. 1. ass. 33.* distinguendum inter alienationem & obligationem, quasi alienare quidem res suas minor sine curatore non possit; obligare autem se possit ad alienandum. Hæc enim distinctio & verbis *d. l. 3. C. de in int. rest. min.* manifeste refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perspicue probat, quod de una specie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus causa res traditur. *l. traditionibus. 20. C. de pact. §. 3. Inst. de empt. & vend.* quanquam & si de sola alienatione loquerentur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum esset, ut mox demonstrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non esse servandam, quia minor curatorem habens similis sit ei, cui bonis

bonis interdictum est. Quod si hanc ob causam minor sine curatore alienare non potest, quia eodem jure, quo prodigus censetur: ob eandem causam nec sine curatore poterit obligari. *l. 6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipso quod minoribus denegatur rerum suarum administratio *l. 1. in fin de minor.* non minus jus sese obligandi sine curatore, quam res suas alienandi ademptum intelligi oportet. Hæc enim duo se mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet personam suam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet. & contra. Item cui alienandi jus non est, ei nec obligandi. & contra. argumento est ipsa obligationis definitio. *pr. Inst. de oblig. l. 3. de obl. & act.* Nam si obligationis civilis hæc vis est, ut actionem producat, & necessitate solvendi debitorem adstringat, utique cum eo, qui ita obligatus est, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille consequenter recte quoque eam præstabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi possit. Itaque male nonnulli sic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum administratio commissæ est, non personæ. *l. sciendum. 20. de rit. nupt.* proinde de persona sua promittere pubes potest sine curatore suo. Immo contra sic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis administratio commissæ est, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur. *l. 7. pr. §. 1. Sc. de minorib.* Neque obligationis summus finis hic est, ut personam nobis obligatam habeamus; sed ut id, quod in obligationem deductum est, consequamur. *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Denique vel ex eo ipso, quod in *d. l. sciendum. de rit. nupt.* Jurisconsultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non sit ex administratione negotiorum, in qua officium curatoris consistit, satis intelligimus nuptiarum hoc esse proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra personam positis, de dando alioquo aut præstando, sed de mera & sola conjunctione personarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem personarum non pertinent, sed ad dandum vel faciendum, id est, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum est, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum intersit. Quid tum postea? *ἐν ἡλικίᾳ καὶ πρὶν Ἀφελᾶταισι οἱ Κεράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτελέων*, teste Modestino in *l. εἰδέναι γεν.* *l. 3. pr. de excus.* id est, valde pauca sunt ea, in quibus distant curatores a tutoribus. & alias nullum esset discrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. rest. min.*

15. Confirmat, non evertit hanc sententiam locus Pauli in *l. obligari. 43. de obl. & act.* ubi sic scribit, *Obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes.* His enim verbis, *suæ potestatis pubes*, significatur is pubes, qui nec in curatione sit, remouenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum est: alioqui superfluo verba illa adjicerentur, cum nullus sit paterfamilias, qui non sit suæ potestatis sui juris, si verba ista accipiantur in sensu vulgari, ut in *titt. Inst. & D. de his qui sui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patresfam. puberes sui juris. *sui juris*, id est, suæ curæ, qui nec sint in potestate administrativa curatoris: quomodo & Cujacius ipse hoc explicat *21. obs. 23.*

16. At mihi plane persuadeo, neque Cujacium, neque quenquam alium ab hac sententia, cæteris fere interpretibus probata, recessurum fuisse, nisi eos movisset responsum Modestini in *l. puberes. 101. de verb. obl.* Verba Modestini sunt; *Puberes sine cu-*

toribus suis ex stipulatu obligari possunt. Si ex hoc uno loco res decidenda esset, protinus subscriberem sententiæ Cujacii: sed quoniam ex professo in contrariam sententiam scripta est *d.l.3. C. de in int. rest. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos supra adductos) danda potius opera, ut verbis *d.l.101.* ea aptetur interpretatio, qua fiat, ut ne illa *d.l.3.* repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *suis* non patitur, ut verba Modestini sic interpretemur, *puberes qui sunt sine curatoribus*, &c. nec argumentum aut titulus, ut ea restringamus ad nuptias aut sponsalia. At hæc interpretatio colorem habet; *Puberes sine curatoribus suis*, &c. id est, absentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi versantes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt; non utique sine illorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse & statim auctor fieri debeat. *l.9. §. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea interveniens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. Nec video quid speciosius afferri possit ad evitandam legum pugnam, nisi putamus modestinum ita scripsisse: *Ἐφ' ὅσοι οἱ ἀνδρες ἔσονται*, &c. id est, *puberes sine curatoribus constituti*, ut Impp. in *d.l.3.* quod male convertum sit. Sane pleraque Modestini de tutoribus & curatoribus Græco sermone scripta esse constat ex *tit. de confirm. tut. Qui pet. tut. De tut. dat. De excus. tut.* Consuli interim poterunt *DD. in d.l.3. & d.l.101. Robert. 1. animad. 12. Gædd. tract. de contr. & comm. stip. c.7. Lyclam. 7. membr. 15. Tim. Fab. annivers. disp. 9.* Porro pacisci cum omnibus possumus, quibuscum juris gentium communio est. Ergo & cum servis, cum deportatis, aliisque peregrinis, cum hæreticis, cum hostibus, quibus omnibus fides data jure gentium servanda est. *l. nam & Servius. 21. de neg. gest. l. bona fides. 31. de pes. de quo luculentius sup. c. 2. & 3.*

CAP. XV.

An quis pactione sua alteri nocere, aut prodesse queat?

1. Quibus casibus pactum reale servi aut filiusfam. domino aut patri noceat.
2. Quando pactum personale filii, ne ipse petat, utile.
3. Quibus casibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.
4. Quando tutoris, curatoris, &c. pupillo, minori, &c. noceat.
5. Cur pactio emptoris hereditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hereditatis.
6. Pactum servi & filii ne a domino aut patre petatur, prodest domino & patri.
7. Quid juris, si filiusfam. aut servus pacti, ne a se peteretur.
8. Quid si pater pactus, ne a filio petatur.
9. Pactum procuratoris negotiorum domino prodest ad exceptionem doli.
10. Ejus, qui plane extraneus est, pactum nobis non prodesse.
11. Contemplatio auctoris circa *l. 3. C. de don. quæ sub mod.*
12. Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis testamentaria & conventionalis.

NEMO pactione sua alteri nocere potest, ne ei quidem, cujus est in potestate. *l. si tibi. 17. §. pen. l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. l. contra juris. 28. §. 2. l. ult. hoc tit.*

I. Cæ-

1. Cæterum pactum a servo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet si de re peculiari, cujus liberam habent administrationem, non donationis causa, sed transactionis, aliave simili, quæ non excedit fines administrationis, factum sit. *d. l. contra juris. §. 2. hoc tit.* Quinetiam pactum de re dominica aliquando utile est, veluti si servus dominicam pecuniam credens pactus sit, ne ea ante certum tempus petatur. *l. sin autem. 29. eod.* Quod si servus aut filius pacti sint, ne ipsi peterent, inutile est pactum. *d. l. contra juris. §. 2. eod.* Nam cum neque servus, neque filiusfam. regulariter petere seu agere possit. *l. filiusfam. 9. de obl. & act. l. 6. C. de judic.* pacta de non petendo frustra in eorum personam concipiuntur.

2. Quibusdam tamen casibus in persona filiofam. id aliter se habet; veluti si paciscatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure singulari filiofam. competunt. *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Cajus significat in *l. in persona. 30. hoc tit.* Item cum pactum a filiofam. confertur in id tempus, quo sui juris effectus agere poterit. *l. & hered. 21. §. 3.*

3. Sed nec pactum a procuratore factum, ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in casibus: quorum primus est, si dominus procuratori suo mandavit, ut pacisceretur: alter, si sit procurator omnium rerum, totorum seu universorum bonorum. *l. nam & nocere. 12. eod.* quibus verbis veteres compendio sermonis significant eum, cui plena liberaque rerum administratio concessa est. *l. procurator cui. 58. l. procurator totorum. 63. de procur. l. jusjurandum. 17. §. ult. de jurejur. Vaud. 1. quæst. 47. Duar. ad l. 1. §. per procuratorem. 20. de acq. poss.* Atque hujus procuratoris tam ampla potestas est, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere possit, quæcunque ad administrationem magis, quam ad profusionem dissipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis causa pacisci non potest, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentusque paterfamilias distrahere non solet. *d. l. contra juris. 28. §. 2. hoc tit. d. l. 63. de procur. l. si consensit. §. 1. quib. mod. pign. solv.* Tertius casus est, cum quis procurator in rem suam constituitur, id est, cum ei actio creditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur. *l. sed si. 13. §. 1. hoc tit.*

4. Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis causa factum pupillo aut adulto nocet. *l. pactum. 22. C. eod.* nocet autem si factum sit de re dubia transactionis causa. *l. interdum. 56. §. pen. de furt. per l. tutor. 35. pr. de jurejur.* Curator quoque sive administrator reipub. aut civitatis paciscendo non magis reipub. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere potest. *l. Imperatores. 37. hoc tit. l. præses. 12. C. de transact. eademque causa est ejus, qui societatis vel universitatis magister dicitur. l. item magistri. 14. hoc tit. l. actor. 9. rat. rem hab. atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l. 14. magistri pactum & prodesse & obesse.**

5. Pactio facta inter emptorem hæreditatis & debitorem hereditarium nocet venditori. *l. si cum. 16. hoc tit.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex constitutione Divi Pii. *d. l. 16.* Facilius admittendum fuit, ut quis pactione sua alteri possit prodesse: quod & ipsum tamen regulariter receptum non est. *l. si tibi. 17. §. 4. l. si cum. 36. l. tale pactum. 40. §. ult. hoc tit. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig.* Pactum filii aut servi, ne a patre aut domino petatur, utile est, prodestque patri & domino. *d. l. si tibi. in fin. cum 2. ll. seqq. eod.* quoniam per eas personas, quæ in potestate nostra sunt, melior conditio.

nostra fieri potest, etsi deterior fieri non potest. *l. melior. 1. 33. de reg. jur. 1. 3. l. filius. 23. C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo servo, in quo usumfructum habemus, aut qui nobis bona fide servit. *l. si debitor. 55. eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne a se petatur, proderit ei. *l. acquirent. 19. §. 1. eod.* Nam ex omni causa filiusfam. conveniri potest, sicut paterfam. *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* ac tametsi pactum istud personale sit, nihilominus tamen & patri proderit, si nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia personale est. Quod si servus, ne a se peteretur, pactus sit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non potest. *l. cum servo. 107. de reg. jur.* At enim si in rem paciscatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in personam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc casu exceptio doli subsidiaria. *l. & heredi. 21. §. 1. hoc tit.*

6. Pactum a patre factum ne a filio petatur, filio non prodest, etiamsi postea heres filius extiterit. *l. si tibi. 17. §. 4. eod.* quod tamen cum Cujacio sic accipio, haecenus non prodesse, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda. *arg. d. l. & her. §. 2. hoc tit. & ita quoque Zas. in d. l. si tibi §. cum possessor. n. 7. & Pac. in §. 4. eod.* Sed si pater paciscatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum super ea obligatione paciscitur, ex qua non potest filius, nisi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda est: nam heredi consuli concessum est: & nihil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non consuli, auctore Celsi in *l. avus. 33. hoc tit.* quod & Pomponius probat. *l. 10. de pact. dotal.* Huic tamen sententiæ obloqui videtur Julianus *l. cum qui. 56. §. 1. de verb. oblig.* ubi ait, si quis promiserit se & Titium heredem suum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis convenisse videatur, ne a cæteris peteretur. Nolo hic examinare varias responsiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l. 33. & d. l. 56. §. 1.* sed quid mihi ad *d. l. 56. §. 1.* respondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de constituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non potest: utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis. *l. 2. C. de her. act. l. 6. C. fam. etc.* Et quamvis, si verba stipulationis spectamus, in qua solius Titii mentio facta, possit videri tacite convenisse, ne ab aliis heredibus, sed a solo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod verisimile non est eam fuisse mentem stipulatoris decem sibi dari stipulantis, ut a solo Titio eam summam peteret, a cæteris nihil peteret, atque ita integra decem non posset consequi. Certum enim est, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuisse, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo. *l. 14. C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc est, quod Julianus ait, Titii personam supervacue comprehensam esse. Ex converso quoque qui stipulatur sibi & Titio heredi suo dari, omnibus heredibus suis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujusque parte acquiritur; quod cum procul dubio cum effectu accipiendum sit, consequens omnino est, neminem partem suam petentem exceptione summoveri posse, contra quam existimat Accursius in *d. l. 33. h. t.* At vero apud Celsum *d. l. 33.* non agitur de uno ex heredibus obligando, neq; de obligatione uni acquirenda; sed de uno per pactionem liberando, cique ita consulendo, ut huic soli exceptio proferat, cæteris non item. Hoc autem etsi tacita pactione non efficitur,

ex-

expressa tamen effici potest. Tutoris quoque & curatoris pactum prodest pupillo, a-
dulto, furioso & prodigo. *l. tutoris. 15. l. contra. 28. §. 1. eod. l. curatoris. 22. C. eod.* quia
etsi personæ extraneæ sunt, tamen ob hoc ipsum rebus nostris administrandis sunt
præpositi, ut faciant conditionem nostram meliorem. Sed & pactum procuratoris
negotiorum domino prodest, quanquam non ad exceptionem pacti, sed ad exceptio-
nem doli, quæ exceptionis pacti plerumque subsidium est. *l. rescriptum. 10. §. ult. eod.*
Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis nascitur, quam ex dolo
creditoris nostri; quem certum est dolo facere, si id petat, quod procuratori nostro,
id est, pene alteri domino, & quidem nostro nomine remiserit. *l. 1. §. 1. & 2. de dol.
mal. except.* Et generaliter quicumque stipulando nobis acquirere possunt, iidem & pa-
ciscendo possunt conditionem nostram facere meliorem. *l. per quos. 59. hoc tit.*

10. At si quis plane extraneus est, qui nec in potestate nostra sit, nec rebus nostris
administrandis prælit, ejus pactum nobis non prodest, nec inde aut actio aut exce-
ptio acquiritur extraneo. *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl. l. 3. C. de inut. stipul.
l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. jur.* quanquam interdum in subsidium exceptio doli da-
tur. *l. idem in duobus. 25. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Illud singulare esse videtur in donatio-
ne, quod ex donatoris pacto acquiri potest actio tertio alicui extraneo contra dona-
tarium. *per l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* cujus rei hanc esse rationem scribit Covar. *x.
var. resol. c. 14.* quod id speciale sit in donatore liberalitatem exercente in donata-
rium, ut possit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem, obiter inspi-
ci potest & Ant. Fab. *Cod. suo forens. ad d. tit. C. de donat. quæ sub mod. defn. 2.*

11. Tentari tamen potest, in *d. l. 3. C. eo d. tit.* occurrere speciem fideicommissi in
contractu constituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommissum con-
stituitur. *l. Publica Maria. 26. pr. de pos. l. si pecunia 77. de legat. 1.* Et sic possum in tradi-
tione rei meæ pacisci, ne res alienetur. *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. C. de reb.
al. non al. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* cui non obstat *l. pen. hoc
tit.* quippe quæ ad eum casum non pertinet, cum pactio intercessit in traditione rei
meæ, sed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12. Atque hæc est prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem testa-
mentariam, ut id obiter addam, hoc interest, quod ex testamentaria prohibitione
æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit. *l. ult. §. 3.
C. comm. de legat.* At si contra conventionale fideicommissum alienatio facta sit, per-
sonalis duntaxat actio contra alienantem datur. *d. l. 3. C. de cond. ob caus. dat.* Qua-
propter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non mo-
do quæ in testamento, sed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non
oportet colligere eundem esse utriusque prohibitionis effectum, sed commodanda
est vis ac potestas prohibitionis ad eum modum, quem species singulæ illic positæ
pro natura sua admittunt; quod & interpp. vulgo observant. *Bronch. cent. 1. assert. 36.*

Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori profit, & de pacto unius e duobus reis.

1. *An utilitas exceptionis fidejussori quaesita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*
2. *Pactum fidejussoris nec reo nec confidejussori prodest.*
3. *Furisjurandi alia ratio, & quare.*
4. *Quid juris, si expresse convenit, ne a reo quoque petatur.*
5. *Pactum unius ex correis debendi sociis alteri quoque prodesse: nec ob stare l. 3. §. 3. de lib. legat.*
6. *Si socii non sunt, non prodesse.*
7. *Species l. 2. C. de duob. reis.*
8. *Quid si uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pactio inducitur?*
9. *Pactum unius e duobus reis credendi sociis ita alteri non nocere, ut neque profit.*
10. *Explicatio l. si duo. 34. de recept. arbitr.*
11. *Si rei credendi socii non sint, pactum unius alteri nullo obesse modo.*

PACTUM debitoris in rem conceptum fidejussori quoque prodesse constat, non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi. 21. §. ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Personale autem pactum debitoris diximus fidejussori non prodesse (utique jure veteri) *l. nisi hoc. 22. eod.* Atqui, inquis, etiam hic interest rei, ne a fidejussore petatur. Sed id in proposito considerari non debet: quippe ubi reus expresse pactum ad suam personam restrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuisset, non poterit objici exceptio a fidejussore, aut si objiciatur, replicatione elidetur. Quid si simpliciter sine particula taxativa pactus sit debitor ne a se petatur? Puto hoc pactum etiam fidejussori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie interest, ne ab aliis petatur. *arg. l. si tibi. 17. §. prope. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. nisi hoc. 22.* in pacto, ut loquitur Bartolus, personalissimo, quando pacto est inserta dictio taxativa; veluti si convenit, ut a reo duntaxat non petatur. Potest autem & sine persona sua reus pacisci, ne a fidejussore petatur, ut pactum sit efficax. *l. si unus. 27. §. eod.*

1. Quæstionis est, an utilitas exceptionis semel fidejussori quaesita ex pactione debitoris ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus respondit, non posse. *l. ult. hoc tit.* cui ob stare videtur *l. si unus. 27. §. 2. vers. eadem ratione. eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejussoribus non prodesse, qua prius non prodest debitori, qui postea pactus est, ut petere liceret. Sed non sunt hæc contraria. Nam hoc tantum significat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum posteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipso jure, sed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejussori pacto contrario ipsius fidejussoris per replicationem elidi, ut noceat fidejussori. Lon-

ge

ge autem diversum est, quod Anthianus definit, exceptionem fidejussori vel sua vel debitoris pactione semel quæsitam, ipsi invito extorqueri non posse. *Pac. 1. cent. 98.*

2. Ex converso pactum fidejussoris reo non prodest, quoniam ut profit reo, nihil interest fidejussoris; quippe in quem reus, si solverit, nullam actionem habiturus sit: ac proinde etsi fidejussor simpliciter pactus sit, ne pecunia petatur, nihilo magis id proderit reo. *l. fidejussoris. 23. hoc tit.* eademque ratione nec confidejussori hujusmodi pacta proderunt. *d. l. 23.*

3. Jurisjurandi alia ratio est: id enim solutionis loco cedit. *l. iusjurandum. 27. § 1. seq. §. 1. de jurejur.* dummodo de ipso contractu & de re juratum sit: quoniam tunc perinde habetur, quasi nihil debeatur. *l. in duobus. 28. §. 1. d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, sed ut defendatur exceptione.

4. Cæterum si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, placet tale fidejussoris pactum etiam reo proficere. *l. idem in duobus. 25. §. ult. § 1. seq. hoc tit.* quo tamen casu debitori non exceptio pacti, sed doli exceptio datur. *d. l. 15. §. ult.* nimirum ex æquo & bono: est enim exceptio doli subsidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut supra quoque monuimus. *l. rescriptum. 10. §. 2. eod.* Placet autem hoc casu etiam reo exceptionem dari propter *συνπλοκή*, seu connexum obligationum, quia reus & fidejussor unum & idem debent. Idem est & in confidejussoribus. Excipitur & hic casus, si fidejussor quis sit in rem suam: quoniam hic reus potius est, quam fidejussor, & is pro quo fidem interposuit, fidejussor verius, quam reus. *l. sed si. 24. eod.*

5. Si unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque profit, vix ambigitur, propter regulam *l. § heredi. 21. §. ult. hoc tit.* Nam hic quoque paciscentis pecuniariter interest, a socio promittendi reo non exigi, quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstare tamen videtur, quod Julianum respondisse Ulpianus *l. 3. §. 3. de liber. legat.* refert, si uni ex correis focii liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obscure significat, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Sed recte respondet Bachovius Jurisconsultum in specie illic proposita liberationem fieri voluisse per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario prospectum sit; cum alioqui actione ipso jure non sublata fieri possit & aliquando contingere, ut actione adversus alterum instituta ipse inquietetur.

6. Quid si socii non sint? pactum unius alteri non prodesse probatur ex *l. idem. 25. hoc tit.* quæ lex jungenda est cum *l. fidejussoris. 23. eod.* ut inscriptio & res ipsa indicat. Cessat quoque hic regula *d. l. 21. §. ult. eod.* quia non interest paciscentis a correo, qui socius non sit, non peti. Et huc in primis facit *d. l. 3. §. 3. de lib. legat.* ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur; sed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio profit.

7. Plerique tamen credunt huic sententiæ contrarium esse, quod rescriptum est *l. 2. C. de duob. reis.* si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, posse repetere: quod sic accipiunt,

posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe iudicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.* Ego vero puto *d. l. 2.* commodè accipi posse de correis sociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta. *vid. eund. Fab. 11. coniect. 6. & seqq. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n. 10. & seq.* Plane si quis nominatim correo quoque suo paciscatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l. idem in duobus. §. ult. cum l. seq. hoc tit.*

8. Quid si tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodesse posse Alexander ad *l. 2. hoc tit.* scripsit, quam ei cui redditum est. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris nisi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adversus correum actionum, *arg. l. 1. C. de donat. l. Marcia. 49. solut. matrim. l. servum filii. 44. §. eum qui. 5. de legat. 1.* Ex quo apparet non posse correo ex ea causa quæri exceptionem pacti de non petendo; alioqui videretur creditor mandasse actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi posset: idemque creditoris factum & actionem præberet, & simul exceptionem, qua hæc actio elideretur; quod est absurdum. Fidejussorum alia ratio est. Quidni enim iis profit exceptio pacti, cum non possit redditio instrumenti facere, ut adversus eos ulla actio mandata videatur: Namque reus principalis regressum habere non potest adversus fidejussorem suum, cui ex contrario ipse indemnitate præstare debet. Plane si in rem suam fidejussit, aliud dicendum est: nam hoc casu nec pro fidejussore habetur. *l. sed si. 24. hoc tit. l. 8. §. 1. qui satisf. cog. l. 5. de liber. legat.* & ita iudicatum refert *Ant. Fab. Cod. suo. hoc tit. defin. 6. vid. & sup. c. 12. n. 13.*

9. Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe si pactus sit se non petiturum. Et hic iterum interesse putem, socii sint, nec ne. Si socii sunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque profit: nam saltem pro parte obstabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille socio restituere teneretur iudicio societatis: eam autem partem, quam ipse consequitur, communicare non tenetur socio, ejus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Et utut summi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obsit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti saltem obstet exceptio pro parte.

10. Objicit huic sententiæ *Ant. Faber l. si duo. 34. de res. arbitr.* Ex qua ita arguuntur: Si compromissum unius ex correis sociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromissum nocet, &c. *d. l. 34.* Respondeo, falsum est assumptum: idque vel ex eadem *l. 34.* liquere potest: non enim quæritur eo loco, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente eo stipulatio pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur; quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde facile intelligitur compromissum socio, qui non compromisit, non nocere: quamvis & eo petente stipulatio pœnalis committatur adversus eum scilicet, qui compromisit.

11. Quod si correi credendi socii non sint, pactione unius alteri non oberit ullo modo:

do: quoniam talia pacta vim suam nunquam exerunt extra personas paciscentium. *l. si unus. 27. in fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia. hoc tit.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit. *l. 2. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. si rem. 31. §. 1. de novat* aut jusjurandum detulerit. *l. 28. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. Sed & vim litis contestatæ jusjurandum habet. *l. 9. §. 3. de jurejur.* Petitione autem unius alterius jus consumitur. *l. 2. de duob. reis. l. 31. §. 1. de novat. l. 11. §. sic evenit. 21. de legat. 3.* Hæc nunc pro instituto sufficiant: alio fortassis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAP. XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1. *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2. *Excipitur casus, de quo l. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.*
3. *Exceptionis hujus ratio.*
4. *Major pars creditorum non ex numero personarum, sed ex modo debiti aestimatur.*
5. *Creditoribus absentes, recte & tempestive citatos, sequi debere exemplum presentium.*
6. *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7. *Hypothecarios excipi, & qui fidejussorem habent, & quare.*
8. *Sententia Pauli in l. si præcedente. §. 8. §. 1. mandat.*
9. *Quid nostris & Gallorum moribus.*

CREDITORES cum debitoribus suis obæratibus qui solvendo non sunt, interdum paciscuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti sunt de certa portione remittenda: sed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt pacisci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipsi possint totum petere, quæritur.

1. Dicendum est debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obesse. *l. debitorum. 25. C. hoc tit. per l. non deb. 74. de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. solvendo. 39. de neg. gest. item arg. l. ult. C. qui bon. ced. poss. ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare potest in danda dilatione seu induciis ad solvendum secundum formam illius constitutionis: cæterum non idem statuitur de remittenda parte debiti.*

2. Quo pertinet ergo disputatio Jurisconsultorum in *l. juris gentium. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad casum singularem; cum scilicet hæres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obæratibus, æs alienum metuens ita se instituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam si a creditoribus sibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc casu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti non sunt. *d. l. 7. §. si ante. 17. junct. d. §. ult. cod. arg. l. quod major. 19. ad municip.*

3. Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium, etiam eorum, qui pacti non sunt, interest heredem adire hereditatem, ut saltem partem aliquam debiti salvam habeant, cum alias fieri posset, ut totum.

tum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem possent convenire. §. 2. *in fin. Inst. de leg. Falcid.* Hæc autem ratio cessat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interposita: quoniam cum nunc sit aliquis, qui conveniri possit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obesse his, qui pacti non sunt. Ita recte *Bart. Bald. Angel. Sali. Castr. in dd. ll.* Unus tamen casus est, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obarato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris: nempe ubi debitor fugitivus est, nec potest commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio est, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recusat adire hereditatem. *Jason in l. majorem. 8. hoc tit.*

4. Porro in toto hoc negotio majorem partem æstimari placuit ex modo debiti, non ex numero personarum. *d. l. 8. l. ult. C. qui bon. ced. poss. l. si quis. 14. depos. l. cum bona. 16. de reb. auct. jud. poss.* Enimvero hæc ita in supra dicta specie procedunt, si major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter se disceptent. *Paul. Castr. ad d. l. 7. §. ult. hoc tit.*

5. Et quidem hic etiam absentes creditores exemplum præsentium sequi debent, inibiturque majoris partis computatio ex iis, qui præsentibus sunt. *l. rescriptum. 10. eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam si recte & tempestive citati sint absentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Castrensis & Pacius dissentiant: qui licet fateantur tutius esse absentes citari, tamen necessarium negant. Etenim cum hic partes suas prætor interponat, ejusque decreto opus sit, *d. l. 7. §. ult. hoc tit.* speciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non sunt, ea præjudicare non debeat. *arg. l. de unoquoque. 47. de re jud. l. etiam si. 29. §. ult. de minor. l. nam ita. 39. de adopt.* Eoque jure utimur.

6. Quod autem major pars creditorum præsentium ita, uti diximus, statuerit, nocet aliis etiam absentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d. l. rescriptum. 10. hoc tit.* nempe iis etiam, qui personale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem. 26. l. quod quis. 34. l. bonis. 38. §. 1. de reb. auct. jud. poss. l. si sponsa. 74. de jur. dot.* Item fisco, cum non hypothecam, sed tantum privilegium exigendi personale habet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* veluti cum in privati locum fiscus successit. *l. fiscus. 6. de jur. fisc.* Alias ex contrahibus suis habet fiscus hypothecam, sicut & ex causâ tributorum. *l. 1. l. 2. in quib. caus. pign. tac.*

7. Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet. *d. l. rescriptum. hoc tit.* cujus rei ratio perspicua est: neque enim iis obesse debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem sibi obligatam persequi possunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejussorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam satis prospectum est, etsi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejussorem convenire velint. *l. si præcedente. 58. §. 1. mandat. add. Trentacinq. resol. lib. 3. sub tit. de solut. c. 3.* In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores sequi tenentur suffragium majoris creditorum partis. *l. ult. vers. nulla quidem differentia. C. qui bon. ced. poss.*

8. Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. rescriptum. hoc tit.* ei obtare videtur *d. l. si præcedente. 58. §. 1. mandat.* ubi Paulus scribit per pactum majoris partis creditorum præ-

præsentium non auferri absenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla est inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præsentium auferri absentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Badius; sed ipsos etiam sequi debere exemplum creditorum præsentium, & portione debiti esse contentos. At vero privilegium, quod inter actiones personales vertitur, non amittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, si forte propter heredis inopiam suam singuli partem consequi nequeant; quod sæpe evenire potest: & hoc solum est, quod Paulus vult in *d. l. si præcedente. §. 1. mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non absolute, sed ~~et~~ accipienda: nimirum sicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferri creditoribus privilegiariis. Illud vero discrimen adhuc manet, quod conventionem illam nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut recte post Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Costalius in *d. l. rescriptum. Borchelt. de pact. c. 5. n. 21. & seqq. Pac. cent. 1. quæst. 89.*

9. Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium dissentientibus neutiquam obest *edit. Carol. v. edit. 19. May. 1544. arb. 35.* atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *ensur. Gall. ad l. 7. §. ult. & l. 8. ff. de pact.* Sed nec pactas cum majore parte creditorum inducias, cæteri creditores sequi tenentur, nisi oblata cautione & judicis decreto interveniente. *d. art. 35.* atque ita in supremo hollandiæ senatu judicatum testatur Neostad. *decis. sup. Cur. 53.*

CAP. XVIII.

De quibus rebus pacisci possumus.

1. Privatorum pactis jus publicum mutari non posse.
2. Non valere pacta, quæ contra juris regulas, seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.
3. Valcatne conventio vivo testatore facta, ne beres Falcidia utatur.
4. Interpretatio l. pactum. 46. hoc tit.
5. Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.
6. Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem casu valere.
7. De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, etiam non inspectis tabulis recte paciscimur.
8. De alimentis testamento relictis gratis pacisci citra prætoris auctoritatem licere.
9. Pactum de quota litis cur improbatum.
10. An non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando.

PACISCI possumus de re privata duntaxat & familiari, veluti si quis paciscatur, ne judicati, incensarum ædium, depositi, furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur. *l. juris gentium. 7. §. si paciscar. 13. & 2. seqq. hoc tit.* ne debitorem ultra quam quatenus facere possit, conveniat. *l. si quis crediderit. 49. eod.* ne ab herede heredita-

ditatem adituro totum petat. *d. l. 7. § si ante. 17. eod.* ne legatorum sibi relictorum nomine satisfactionem ab herede exigat. *l. pactum. 46. eod. fac. l. 2. C. ut in poss. legat.* ne utatur fori præscriptione. *l. pen. C. eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res deposita sit periculo ejus, apud quem deponitur. *l. 7. § sed & si. 15. eod. l. 1. §. sæpe evenit. 35. depos. l. contractus. 23. de reg. jur.* ne jumenti vitiosi aut morbosus venditor teneatur emptori actione redhibitoria. *l. 31. hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium, ad rem tamen paciscentium privatam & familiarem tantum spectat, & renuntiationem continet beneficii emptori edicto ædilitio concessi. Item si fideicommissi onere invicem gravati sint filii, potest precaria hæc substitutio mutuo consensu remitti. *l. cum proponas. 16. C. eod.* cui simile exemplum est, quod proponitur *l. 1. C. eod.* cum quis spem fideicommissi conditionalis sibi delati pacto remittit, & pro ea remissione quid vicissim accipit. Ex eadem regula & illud est, quod si inter emptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio servanda sit. *l. in emptionibus. 43. eod. l. 1. §. ult. de act. empt.*

1. De iis vero rebus, quæ ad causam publicam pertinent, pacisci non possumus; puta si quis paciscatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. causa facta est, exequatur. *l. 7. §. si paciscar. 14. hoc tit.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non potest. *l. jus publicum. 38. eod.* Et hoc est, quod generaliter definit Ulpianus *d. l. 7. §. & generaliter.* quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportere: a jure communi, dictum videtur pro a jure singulorum & re cujusque privata. *l. si unus. 27. §. pacta. 4. eod.* Et ideo si is, cui oppigneratur prædium, paciscatur cum debitore, ne onus tributis prædii oppignerati agnoscat, sed ejus solvendi necessitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiscalis. *l. inter debitorem. 42. eod.* quanquam quod ad paciscentes attinet justum, ac proinde servandum est. *l. epistola. 52. §. 2. eod. l. ult. C. fin. cens. vel reliq.*

2. Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac. *lib. 1. obs. c. 24.* res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt. *l. contra. 28. hoc tit. l. 27. de reg. jur.* veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo petat. *d. l. 28.* aut si convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur. *l. 2. l. 12. §. 1. l. licet. 18. de pact. dot.* aut si constante matrimonio vir & uxor paciscantur, ne ob res donatas ageretur. *l. 5. §. 1. d. 1.* Item si quis cum aliquo paciscatur, ne ejus frater sit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non potest. *l. jus agnationis. 34. hoc tit.* Conjunctio sanguinis necessaria est & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitrioque nostro non pender. Quam ob causam Isocrates amicitiam consanguinitate potius esse dicebat, quod hæc *ἐκ τῆς ἀιμαγωγίας*, ex necessitate, illa *ἐκ τῆς ἀγαθωγίας*, ex voluntate proficiscatur. Eademque est ratio sententiæ, si forte judex adeo excors sit, ut agnationem inter duos existentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque si nullam inter eos agnationem esse pronuntiet, quo casu merito jus facit sententia & pro veritate habetur. *l. 1. in fin. l. 2. l. 3. pr. de lib. agnosc.* Et in universum status hominis vel conditio personæ pactis mutari non potest. *l. liberor. 10. C. de lib. causa.* Denique sicut pacto effici non potest, ut is agnatus sit, qui agnatus non est, nec contra: ita quoque ut coheres sit aliquis, cui neque testamento neque lege defertur hereditas, frustra cavemus. *l. epistola. 52. pr. hoc tit.*

3. Quæsitum est, an valeat conventio vivo adhuc testatore facta, ne heres Falcidia utatur,

utatur, & certam pecuniam, si contra fecerit, præstet? Et Papinianus in *l. quod bonis. 15. §. 1. ad leg. Falc.* respondet hujusmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec testator ipse olim in suo testamento Falcidiam prohibere potuit: quia nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de legat. 1.* Cæterum quoniam jure novissimo testatori permissum est vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov. 1. c. 2.* putavit Cujacius in *l. pactum. 46. hoc tit.* & cum Cujacio Busius, hodie etiam vivo testatore privata conventionem remitti Falcidiam posse, contra responsum Papiniani in *d. l. quod bonis. §. 1. ad leg. Falcid.* Quod probare non possum. Abutitur Cujacius ratione Jurisconsulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod potest fieri, inquit, testamento, potest & pacto. Verum est; sed id demum procedit mortuo testatore, cum jam hereditas aut legatum delatum est, aut saltem testamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim est sententia *d. l. 46.* sicut testator potuit testamento suo cavere, ne ab herede satisfactio legatorum nomine exigatur ita & post mortem testatoris legatarius, qui satisfactioem exigere poterat, eam pacto potest heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo testatore remittere non potuerit, hæc ratio est, quod nec testator huic legi derogare potuit; sed hæc, quod eo tempore institutus necdum heres dici potest, nec ullum plane jus ei natum est, cum testamentum pro libitu testatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et sic omnino accipiendum, quod Jurisconsultus in *d. l. 46.* ait licere sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere: nimirum non juris prorsus incerti, & quod in nuda atque imaginaria spe positum sit, cujus remissio jure nostro nullum momentum habet: sed juris aut jam delati, aut alias ita oblata, ut nisi die aut conditione differretur, statim illud agnoscendo acquirere possemus. Sane post mortem testatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani sententia est in *l. qui quod. 46. ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. si patronus. 20. §. 1. de donat.* confirmata a Justiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipso dubitatum fuisse. Eadem ratione sanxit idem Justinianus, ut si quis a patre certas res pecuniamve acceperit, pactusque fuerit de querela inofficiosi adversus patris testamentum non movenda, hujusmodi pacto non prægravetur, possitque nihilominus non agnitionis patris judicium oppugnare: quamvis post mortem patris recte paciscatur de querela inofficiosi, quæ jam ei nata est, non movenda, eique renunciare possit. *l. si quando. 35. §. 1. & 2. C. de inoff. test.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi.

5. Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis post mortem testatoris factam, de remittendo legato aut fideicommissum conditionali. Valet quidem talis pactio, si transactionis causa facta sit aliquo accepto vel retento. *l. 1. C. hoc tit. l. 11. C. de transact.* Sed valere negat Faber eam, quæ sit gratuito & citra causam transactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum destruit voluntatem testatoris, quam ex contrario transactio præsupponit. facit Paul. *4. sent. 1. §. rogati.* Ego autem didici etiam gratis pacisci licere. *l. §. uni. 21. §. 4. hoc tit. l. cum proponas. 16. C. eod.* Nec obstat, quod legatum aut fideicommissum pendente conditione repudiare non possumus. *l. si ita scriptum. 45. §. 1. de legat. 2.* nam repudiationis & pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ jam delata sunt. *l. is*

L

qu

qui. 13. l. nec. is qui. 17. in fin. cum l. seq. de acq. her. l. delata. 151. de verb. sign. Pacto remitti possunt, & quæ nondum delata d. l. 1. & uni. 21. §. 4 d. l. 1. & d. l. 16. C. de pact. Qui repudiat, remittit in præsens, quod ei delatum est & poterat agnoscendo acquirere. At legatum conditionale non desertur, ac proinde nec acquiri potest, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem existentem legatario ad heredem ejus non transmittitur. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. 1. §. fin. autem. 7. C. de caduc. toll. Qui autem paciscitur, potest etiam in futurum remittere, scilicet cum legatum vel fideicommissum deberi & peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem, quæ delata est, ad se pertinere: qui paciscitur, hoc dicit, se etsi post cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari potest legatum, cujus dies nondum venit, licet cesserit, veluti si ex certa die nobis legatum sit. d. l. 45 §. 1. de legat. 2. Gædd. c. 6. de contr. & comm. stip. n. 15. & seq. post Alciat. Don. & alios ad d. l. 1. C. hoc tit. Zasius in l. 17. §. pen. hoc tit. etiam hanc affert rationem, quia repudiatio tantum nititur consensu unius, & est fragilis: sed pactum nititur consensu utriusque, legatarii & heredis.

6. Cæterum nostrorum temporum simplicitas, hanc juris Romani subtilitatem, ut nimis scrupulosam, insuper habet: possumusque hodie post mortem testatoris non tantum transigere aut pacisci de hereditate legatove aut fideicommissio sub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare. Bern. Autum n. censur. Gall. ad d. l. 45. §. 1. & ibid. Groeneweg. tract. de ll. abrog. qui tamen male huic mori præsidium petit ex d. l. 2. C. hoc tit. l. de fideicommissio. 11. C. de transact.

7. De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque testamenti verbis. l. 6. ubi Gloss. & DD. de transact. Unde quæsitum, an hoc ipso etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujusmodi controversiis pactio facta ante tabularum inspectionem. Affirmant Bart. in d. l. 6. negant Casarens. & Jason; quorum sententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia d. l. 6. ubi transactio duntaxat prohibetur, aliquid singulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia non potest quilibet legatum aut jus sibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & transactionem in casu proposito magna differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minino pro magna summa, decipitur; cum utique velit habere, quod sibi ex testamento debetur: at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

8. Huic quæstioni affinis est & illa, an quis alimenta sibi testamento relicta ex liberalitate donationis causa remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem pacisci liceat, quamvis de his transigere sine prætoris licitum non sit. l. 8. per tot. de transact. Et puto licere, idque ob hæc rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: est autem transactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc transactionis prohibitio est contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad consequentias. l. quod vero. 14. & seq. de legib. 3. Quia nemo prohibetur, quod sibi relictum est, repudiare & contemnere. Et quæso qua ratione quis impedietur, quo minus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique inter est, utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? 4. In pacto cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris requirit, ne scilicet alimentarius circumveniat: non enim videri potest decipi, qui ultro remittit: sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præsens habere, quam singulis annis particulam. Visum est voluntatem testatoris conservari ei, qui liberalitate ejus
uti

uti vellet, non qui contemneret. Non movet, quod relatum est in *d. l. 8. si uni. l. 5. de transact.* non posse alimentarium inconsulto prætoris fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta persequi, sine prætoris nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l. 8. §. si prætor. l. 17.* non de alimentario remittente, sed de prætoris negligente agitur. Porro pacta de re impossibili facta, aut quæ turpem & inhonestam causam continent, quæve contra leges aut bonos mores fiunt, nullius momenti sunt. *l. 7. §. ait prætor. l. 1. si unus. 27. §. 3. & 4. hoc tit. l. 6. C. eod. l. generaliter. 26. & seq. de verb. oblig.* puta de furto faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & si quis paciscatur cum aliquo, ne ob dolum suum aut fortuitum teneatur, si postea admissum fuerit, æquo reprobatur hoc pactum, cum magna sit illecebra peccandi spes impunitatis. *d. l. si unius. §. 4.* Diversa causa est ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficio perpetretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, pacisci hominibus privatis non liceat? *l. non impossibile. 50. eod.* Cæterum si ob eandem causam promittatur pecunia, nulla nascitur obligatio propter turpitudinem conventionis. *d. l. 7. §. si ob maleficio. 3. eod.*

9. Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo causidicus a litigatore litem redimit, *τὸ δίκης μισθός*, sc. quo convenit, ut is nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat. *l. sumptus. 53. eod. l. 7. mandat. l. 5. C. de postul.* Nam ejusmodi pactio causidicis calumniose litigandi occasionem præbet, iisque artibus & strophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes edicunt. Lite autem finita pacisci vetitum non est de parte residui debiti remittenda advocato ob causam ejus patrimonio & fide defensam. *l. 5. C. hoc tit. Perez. ad d. tit. n. 5.* Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt successionem sive obtinendam sive repudiandam. Sed de hoc genere dicemus ex professo cap. seq.

10. Hoc autem loco non intempestive quæritur, an non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum est. Et Ulpianus in *d. l. 7. §. generaliter. 16. hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per se habet. Et sane si conventio ideo non valet, quia natura aut turpis est aut iniqua, non debet a jurejurando ullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *c. 1. ext. de jurejur. c. inter cetera. 2. quæst. 4.* Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione adjecti per se sit *ἀδύνατος*, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non universos, sed singulos respiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata servari debeat. verbi causa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit summam quingentorum aureorum, nisi actis insinuata sit: non peccat tamen, qui donationes istas non revocat. *Gail. 2. obs. 39. & seq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et siquidem hoc solum quæritur, an tale jusjurandum jure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse conventionem, quæ jure civili nullius momenti sit. *l. 5. C. de legib. d. l. 7. §. generaliter. 16. hoc tit. l. si quis inquilinus. l. 12. §. ult. de legat. 1.* Cæterum dicere ne conscientiam quidem jurantis religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se nec contra bonos mores sit, nimis grave est. Recte ergo & verbo Dei

convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundant in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ salutis. *c. cum contingat. 28. ext. de jurejur. c. quamvis. de pact. in 6. c. non est obligatorium. de reg. jur. in 6.* Atque hoc in foro quoque seculari hodie servandum esse volunt. *Coller. de process. p. 1. c. 10. n. 215. Gail. 2. obs. 39. & seq. & ibi citati.*

CAP. XIX.

De pactis circa successiones.

1. *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus nostris improbatæ : & qua hujus rei ratio.*
2. *Non excipiuntur pacta de successione mutua, nisi militum ad communem Martis alcam pergentium.*
3. *Defenditur contra communem pacta hujusmodi natura turpia non esse.*
4. *Respondetur ad locum Papiniani in l. 29. §. 2. de donat.*
5. *Varia variarum gentium pacta circa mutuam successionem.*
6. *Concluditur ex præcedentibus, posse statuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujusmodi pacta juramento confirmari.*
7. *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam sine designatione certæ personæ valere.*
8. *Eandem pactionem non valere, si is, de cujus hereditate agitur, certus sit, nisi is consentiat, & in voluntate usque ad extremum perseveret.*
9. *Aliter, quam vulgo, exponitur l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.*
10. *Explicatio §. ult. Inst. de leg. agn. success.*
11. *Pactis hereditatem non magis conservari, quam dari posse, contra quam vulgo creditur, multis documentis ostenditur.*
12. *Respondetur ad argumentum in contrarium allatum ex l. non aliter. 18. de adopt.*
13. *Etiam pacta de non succedendo improbatæ esse: utut hæc minus odiosa, quam illa de succedendo, & cur minus odiosa.*
14. *Quibus distinctionibus adhibitis respondendum, cum quaeritur, an pactum, quo successioni renunciatur, valeat, si renuncians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.*

I. **A**PUD Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis sollicitum esse: ob eamque causam pactiones de futura successione, quæ hereditatis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occasionem præbent, ut odiosæ ac periculosæ, legibus civilibus merito improbatæ sunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de succedendo affirmativa vocant; ut ecce, pactus sum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi succederem; hæc conventio inutilis est. *l. pactum quod. 15. C. hoc tit. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 4. C. de inut. stip.*
in

in tantum ut nec poena in contrarium promissa peti possit. *l. stipulatio hac. 16. de verb. oblig.* Idque non unam ob causam constitutum est: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur: non deferuntur autem nisi testamento aut lege. *d. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. ult. de suis & legit. §. ult. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Deinde quia huiusmodi pactio tollit aut constringit libertatem testandi, quod leges nostrae averfantur. *l. 1. C. sacros. eccles. d. l. 15. C. b. t.* Pactio enim revocari nequit. *l. 5. C. de obl. & act.* voluntas autem testatoris ambulatoria esse debet usque ad vitæ supremum exitum. *l. 4. de adm. leg.* Tertio quia contra bonos mores esse tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant desiderandæ & captandæ mortis alienæ. *d. l. stipul. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip. l. 11. C. de transact.*

2. Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de successione mutua, ne hæc quidem jure nostro rata esse recte defendit *Gædd. tract. de contr. & committ. stip. c. 6. conclus. 7. n. 82.* contra *Myns. obs. 33. & Gail. 2. obs. 126.* Atque hoc satis perspicue elucet ex *l. licet. 19. C. hoc tit.* ubi nominatim etiam mutua huiusmodi pacta improbantur exceptis militum ad discrimen prælii pergentium, ἐπὶ ἀποστάσει ἐξέλιπται *Bas. h. t. c. 60.* in quo jus singulare, quod ad consequentias trahi non oportet. *l. 14. & seq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem casu pacta commilitonum πρὸς ἀλλήλους ἐνομήσις valent in vim pacti, sed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ institutionis, ut pro arbitrio paciscentium revocari queant, sicut recte docet *Cyn. in l. ult. C. hoc tit. n. 19. & DD. comm. d. l. licet. 19. C. cod. add. Boer. decis. 204. n. 14. & seq.* Itaque pacta illa reciproca de succedendo inter conjuges, facta in dotalibus instrumentis, quæ hodie plerisque locis recepta, non tam sustinentur auctoritate juris, quam vi consuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam istiusmodi pacta liberam testandi potestatem constringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria esse dicuntur, ob hanc causam nec statuto nec jurejurando ea confirmari posse plerique tradiderunt. *Borcholt. tract. de pact. c. 5. n. 66. & seqq. Gail. 2. obs. 125. Sichard. in l. 3. n. 3. C. de collat. Fachin. 8. contr. 72. & ibi alleg.* qua tamen in re vix est, ut iis simpliciter assentiri queam.

3. Etenim si seposita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æstimare velinus, non sunt talia pacta natura turpia, sed more civitatis Romanæ, sive, ut Cujacius in *l. 26. de verb. oblig.* sunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe non esse libertatem coercere testandi ex eo patet, quod multis etiã e repub. visum est, nimiam testandi licentiam præcidere, utique hæc tenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quinetiam Bodinus *lib. 5. de repub. c. 2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retulisse: Cæterarum autem gentium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos aliosque populos uti. Sed & apud gentes quasdam nullus omnino testamentorum usus fuit, ut apud Germanos, teste Tacito *de morib. Germ.* ac ne nunc quidem testamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diocesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ finitimis. Ut proinde liberæ istius facultatis testandi non usque adeo magna ratio habenda videatur, præsertim quod ad eas personas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo, qui ob singularem sapientiam Philosophus appellatus est, aperte *d. l. pactum quod. C. hoc tit.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod statuat *ἐν αὐτῇ τῇ φρονήσει ἀλλὰ πρὸς τὴν τίνους ἐφελομένης ἰσονομίας, ἀδικίας δὲ*
L 3 *ἡγήται*

ἡ ἀπολύσις τῆς πατρὸς τοῦ πατρὸς, &c. contraria naturali, quæ a patribus liberis debetur, æquabilitati, patrique adversus filium ad iniquitatem fenestram aperiat: Atque hanc Leonis constitutionem, qua abrogatur d.l. pactum quod. Gallorum moribus receptam esse testatur Cujac. in l. 26. de verb. oblig. Altera illa ratio, quod hujusmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & consequenter peccandi præbeant occasionem, neque certa est, neque necessaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in se nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento usufructu. l. si quis argentum. 35. §. sed siquidem. 5. C. de donat. nec pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta, quibus pater sibi heredem instituit. §. si autem. 3. Inst. de pupill. substit. nec mortis causa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit: quæ tamen omnia jure civili permixta sunt; & haud dubie ideo, quia certum & constans votum captandæ mortis non inducant.

4. Non movet l. 29. §. 2. de donat. ubi Papinianus satis aperte indicat, pacificentes de hereditate viventis adversus bonos mores & jus gentium facere & festinare. Nam in hoc genus disputationibus non auctoritate, sed ratione certandum est: & solent Jurisconsulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non solius populi Romani, sed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non sit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, sed ad cujusque populi indolem accommodatum sit, ab uno populo aliis inconsultis mutari potest, ut multis ostendit Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 8. & lib. 3. c. 6. & seqq.

5. In Germania valent pacta, ut vocant, fraternitatum de mutua successione inter Principes, aut alias illustres personas: item pacta de unionem prolium, de quibus Gail. 2. obs. 125. & 127. Quibusdam in locis etiam pactis dotalibus super hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo disponitur, ut ea disputatio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat. constit. Palatin. tit. 5. von testamenten und letzten willen. Apud alios ita, ut tamen alter in scio aut invito altero dispositionem mutare possit: rata autem maneat, si mutata non fuerit. Siehard in l. 3. C. de collat. Myns. 2. obs. 33. Boer. decif. 204. n. 16. Wesenb. cons. 63. in fin. Quæ autem natura turpia sunt, & honestati contraria, ea semper & ubique turpia sunt, saltem apud gentes moratiores, & bene secundum naturam se habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri superstes erit, ad successionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, substitit, tamen si lex patria parentem superstitem ab hereditate liberorum secludat. Neostad. rer. judic. 2. Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigere possit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, sed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis sponsalitiis agatur, ut contrahentium singuli sibi liberisque suis jus succedendi ab intestato eligant, vel novum, si velint, constituent: lege tamen caveri honeste potest, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non satis honeste facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem causam.

6. Ex quibus omnibus effici videtur, posse jure publico constitui, ut etiam pactis hereditas detur, si non simpliciter & absolute; utique tamen multis casibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & sorores, cæterasque personas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad successionem venturæ sunt. Forte & morum populi innocentia

centia spectanda, in quem ob id sinistra illa suspicio non facile cadat. Unde Zasius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italici esse relinquenda. *consil. 1. n. 38. lib. 2.* quod si statuto, (utique quod legis vim habet) induci potest, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id iurandum erit jure canonico, quia servari potest sine dispendio salutis, per ea, quæ *cap. præced. Bald. in c. 1. §. moribus. si de feud. de f. content. sit int. dom. & agn. vas. Decius conf. 516. n. 5. & conf. 656. n. 12. Cravett. conf. 139. n. 8. Johan. Ramat. in c. quamvis. ext. de pact. in 6. n. 17. & seq. Menoch. conf. 1. n. 168.* Pacti affirmativi de succedendo speciem faciunt & pactionem de hereditate tertii: cæterum minus recte. Nam tali pacto non agitur de succedendo, neque ex eo peti aut vindicari potest hereditas: sed nihil aliud est, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7. Et siquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis designata hereditate, veluti si inter duos ita coita sit societas, ut si qua hereditas alterutri obvenierit, ea communis sit, placet conventionem valere. *l. 3. §. 2. pro soc.* Ratio est, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciscimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus pacta de hereditate viventis jure nostro improbari.

8. Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus sit, puta si duo paciscantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo sibi obventuram sperant, talis quoque conventio inutilis est, eamque diserte improbat Justinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores sit, viventis hominis bona in sortem & divisionem vocari, atque ita quasi mortem ejus voto & spe præcipere. *l. ult. C. hoc tit.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat superior pactio, nisi is, de cujus bonis agitur, consentiat, & in ea voluntate ad extremum usque vitæ spatium perseveret, quo casu hujusmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipso instanti, quo fit ista conventio, consensus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum sit incio illo tertio, de cujus hereditate agitur, si tamen is certior factus postea consenserit, in eaque voluntate perseveraverit, puta pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an post vel ante consensus intervenerit, ut nulla consentienti injuria fieri intelligatur? *Ant. Fab. Cod. suo for. hoc tit. defin. 10.* dissentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* sed levi argumento, quod cuivis promptum solvere.

9. Huic autem sententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l. 2. §. 2. de her. vel act. vend.* ubi Ulpianus scribit substitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime si ea jam delata sit. Ergo valet ea venditio, si jam impuberis hereditas delata sit, si non sit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Respondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota est collationis, in *d. l. 2. §. 2.* positam esse pro *utique*, quæ nota est *κατασλή* ut hic sit sensus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, si jam delata sit, hoc est, si impubes jam mortuus sit. *Bronch. cent. 1. assert. 30. Diod. Tulden. Cod. de pact. n. 6.* Sed non est necesse, ut ad hanc responsionem confugiamus. imo falsum est non posse vendi hereditatem, nisi quæ delata sit. Potest enim vendi & quæ nondum delata est, puta si vendatur pendente conditione, sub qua venditor heres institutus est, & in specie *d. l. 2. §. 2.* substitutus est impuberi. Cæterum
ita,

ita, dum sit hereditas, si testator aut impubes jam mortuus sit: nam viventis nulla est hereditas. *l. 1. de her. vend. facit l. 1. §. uni. 21. §. 4. hoc tit. l. 1. l. cum proponas. 16. C. eod. add. c. præced.* Unde apparet vitiosam esse hanc collectionem, pacisci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l. ult. C. hoc tit.*

10. Objici solet & quod scriptum est in *§. ult. Inst. de leg. ag. success.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remanipatos manumittit, ex eo consequi, ut legitimam eorum successionem obtineat. Sed hoc non eam habet significationem, quasi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipsis succederet: sed cum in emancipatione liberi manciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam servitutem. *l. 3. §. 1. de cap. min. §. præterea. 6. Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ne in ea servitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id est, ea lege, ut patri ab emptore imaginario remaniparentur, quo ipse deinde eos manumitteret: quæ conventio ad potestatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quamquam si ex lege fiduciæ sibi remanipatos pater manumisisset, in eorum bonis jus legitimæ successionis nanciscebatur. *d. §. Inst. de legit. agn. success.*

11. Quidam existimaverunt, etsi hereditas pactis dari non potest, posse tamen pactis conservari. *arg. l. non aliter. 18. cum seqq. de adopt. l. quidam. 132. de verb. oblig. cum similib. Sichard. in authent. non licet. C. de lib. prat. n. 18. Gadd. de contr. stip. concl. 6. n. 88. Bart. in l. ult. C. hoc tit.* quod & ipsum tamen verum non esse bene post *Bologn. in d. l. ult. n. 93.* ostendit *Tim. Fab. annivers. disp. 21. 1.* quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneæ personæ datus jura sui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit. *l. pen. C. de adopt. §. sed ea omnia. 14. Inst. de her. quæ ab int. def. 2.* quia nec filius, quem pater emancipat, retinere sibi potest jus legitimæ successionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem. *d. l. pen. C. de adopt. d. §. sed ea. 14. §. emancipati. 9. Inst. de her. quæ ab int. 3.* Quia nemo potest libertatem de supremis judiciis constringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciscendo præferre. *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 9. pro soc.* Sic in specie *l. pactum quod. 15. C. hoc tit.* pacto non potuit pater servare successionem filii: quemadmodum nec in casu *d. l. quidam. 132. vers. quare sic. de verb. obl.* sed conventio illic proposita non ad aliud prodest, quam ut pœna promissa, si contra factum sit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, sed confirmat hanc sententiam.

12. Similiter non obstat huic sententiæ, quod adrogator impuberis tenetur cavere servo publico, se, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum ea, quæ ex bonis ejus consecutus est, illis, ad quos ea res pertinet. *l. non aliter. 18. §. seq. de adopt.* Nam hæc cautio non ad conservationem juris eorum, ad quos alias res perventura esset, pertinet; quippe qui & omnia ea idem juris haberent. *l. his verbis. 19. §. 1. d. tit.* sed ad eorum securitatem. Adveniente denique ea adrogati ætate, qua testamentum facere possunt, qui sui sunt juris, evanescit. *§. 3. Inst. eod.*

13. Non tantum pactum affirmativum de succedendo, verum etiam negativum de non succedendo jure nostro improbat, puta quo quis futuræ successionis renunciat. *l. ult. de suis & legit. her. l. 3. C. de collat. c. quamvis. ext. hoc tit. in 6.* Hoc verò pactum, cum nec libertatem testandi impediatur, nec votum inducat captandæ mortis alienæ, longe

longe minus odiosum est, quam superius illud de succedendo: & ideo a statuto robur accipere posse pene extra controversiam est, & jurejurando quoque confirmari Canones expresse voluerunt. *d. c. quamvis*. Tantum ideo improbatum est, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, sed etiam amittendæ hereditatis constituunt, non censentur. *l. ult. de suis & legit.*

14. Quid si is, qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuisset? Adhibenda hic non una distinctio. Primum interesse puto, utrum is renuntiaverit, qui solummodo jus habet succedendi ab intestato, an qui & jus querendi de inofficioso. Deinde an ille, cujus successioni renuntiatum est, testatus decesserit, an intestatus. Si intestatus non obstante pacto, succedatur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur. *l. 3. C. de coll.* Si vero testatus, cessat potestas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians a querela excludatur. Tametsi autem hoc quidam simpliciter affirmant, si quantitas accepta exæquet portionem legitimam. *arg. l. 1. §. 3. si a par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque sit; & præterea distinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis causa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat. *l. 8. §. si quis mortis. 6. de inoff. test.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam si ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur. *l. si non. 25. d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obstat filio. *l. si quando. 35. §. 1. C. de inoff. testam.* multoque minus jure novissimo, quo liberi legitimam habere debent titulo institutionis. *Nov. 115. c. 3.* Ad hunc ferme modum hæc explicat & *Bachov. ad Treutl. disp. hoc tit. thes. 8.* ubi etiam observandum notat, quod in specie *d. l. 1. §. 3. si a par. quis man.* pater non ipso jure, sed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tabulas agatur.

CAP. XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1. In omnibus negotiis, etiamsi verborum aliqua sit ambiguitas, primum spectandum esse, id quod actum est: atque ejus sententiam inspicere, qui sermonem protulit.
2. Si non apparet, quid actum sit, id accipi debere, quod est verisimilius & rei gerendæ aptius, aut quod plerumque fieri solet.
3. Si ne illud quidem appareat, in dubio sequendum quod minus est, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.
4. Pactiorem obscuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, stipulatori nocere: verum etiam emptori, conductori, promissori, si ipsi legem obscuram dixerint.
5. Species *l. si mihi & Titio. 110. §. 1. de verb. oblig.*
6. Respondetur ad *l. in lege. 29. locat.*
7. In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.
8. Redditur diversi hujus juris ratio.
9. Locus Ulpiani in *l. 5. §. ult. de rei vind. expositus.*

M

I. IN

1. **I**N omnibus negotiis, etiam si re consent, primum inspicienda est paciscendum & contrahentium voluntas, atque id quod actum est, pro cauto habendum. *l. semper. 34. de reg. jur. l. 3. de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua sit ambiguitas, id tamen ante omnia spectari oportet, quod cogitatum taciteque actum est. *l. ubi. 21. l. cum in testamento. 24. de reb. dub. l. in lege. 77. de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ significantur, cum fensisse credibile est. *l. Nepos Proculo. 125. de verb. sign.* in quo placet ejus sententiam & affectionem maxime spectari, qui sermonem protulit, *ἡ ἀφ' ἧς ἡ ἀμφιγνῶσις. l. in ambiguis. 96. l. rapienda. 168. §. 1. de reg. jur. l. 3. de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici solet, unumquemque esse interpretem suorum verborum. Exempli causa, si quis triticum sibi dari stipulatus sit sine adjecctione mensuræ, hæc quidem stipulatio imperfecta est. *l. ita stipulatus. 115. de verb. oblig.* cæterum si forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum esse, id pro expresso habebitur. *l. triticum. 94. eod.* Nec obstat *l. quidquid. 99. eod.* quoniam ille textus tunc demum locum habet, quando non apparet, quid actum sit. Semper enim, etiam in stipulationibus, quod actum est, in primis attendi debet. *l. semper. 34. de reg. jur.* Aliud exemplum suppeditat *l. qui cum tutoribus. 9 §. ult. de transact.*

2. In dubio autem si non apparet, quid actum vel cogitatum sit, commodissimum est id accipi, quod rei gerendæ est aptius. *l. quoties. 67. de reg. jur.* seu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto sit, quam pereat. *l. 21. ubi. 21. de reb. dub. l. quoties. 80. de verb. obl.* Omnino autem hic inspiciendum erit, quod est verisimilius. *l. in obscuris. 114. de reg. jur.* Exempla habemus in *l. si venditor. 38. §. 2. de act. empt. l. in lege. 29. locat.* & elegans in *l. insula. 13. qui pot. in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum est, in dubio pro venditore Jurisconsultus interpretatur; quoniam ex conjecturis verisimile est id in specie illic proposita inter contrahentes actum esse, ut jus pignorum ob pensionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni pensio ex obligatione principali, quam pignus sequitur, accederet. Stipulatus est aliquis intra certum tempus Carthagini sibi dari, cum duæ sint Carthagines, verborum est ambiguitas. Cæterum etsi promissor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non potest, stipulator autem de altera, stipulatoris potius accipietur sententia, & quoniam rei gerendæ aptior est: & alioqui res contracta tuto in loco esse non potest. *l. ubi. 21. de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac specie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæsitum esset, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur, Scævola respondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videri. *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuisse verisimile est. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum est, frequentatur, aut *ἡ ἀπὸ τῆς ἀλλοτρίου γινώσκουσα. Harmenop. lib. 1. tit. 15. §. 15.* quod plerumque fieri solet. *l. semper. 34. l. in obscuris. 144. de reg. jur.* Exempla in *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de adil. edict. l. quæ conditio. 39. §. 1. de cond. & dem. l. si pactum. 9. de probat.*

3. Quod si ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpiani in *l. 9. de reg. jur.* atque in dubio sequemur, quod minus est. Idque non in conventionibus tantum & contra-

ctibus

Etibus observatur. *l. inter. 83. §. 3. l. quidquid. 99. de verb. obl. l. ult. de prat. stipul. verum etiam in aliis causis, puta in irrogatione pœnarum. l. si præses. 32. l. interpretatione. 42. de pœn. in diversis judicum sententiis. l. inter pares. 38. §. 1. de re jud. l. diem proferre. 27. §. 3. de rec. arbitr. in testamentis. l. cum servus. 39. §. scio. 6. de legat. 1. l. Sempronius. 47. de legat. 2. l. qui concubinam. 29. §. 1. l. nummis. 75. eod. 3. Ex ejusdem regulæ ratione est, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obscura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.*

4. Et Papinianus quidem respondit, veteribus placuisse, pactiōem obscuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum potestate fuerit, legem apertius conscribere. *l. veteribus. 39. hoc tit. ut & Paulus l. in contrahenda. 172. de reg. jur.* Et Celsus, cum quæritur in stipulatione quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse ait; quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. *l. quidquid. 99. de verb. obl. l. cum quæritur. 26. de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib. 11. Basil. & apud Harmen. lib. 1. tit. 15.* conveniunt; *ἐν τοῖς ἀμφιβάλοις τῶν ἐπερώσεων καὶ ἐπερωτήσεων ἐρμηνεύονται.* item, *ἡ ἀσφαλὴς ἢ ἀμφιβολία συμφωνοῖ καὶ πρὸς καὶ πρὸς μισθώσαντες ἴσιν.* Cæterum id ipsum quoque & in emptore & conductore, & promissore similiter admitti debet, si & ipsi legem obscuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum sit. Etenim vel ipsa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium sibi imputare suæque imprudentiæ expensum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appositum secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque aperte locutus fuerat, interpretatur in specie *l. si in emptione. 34. pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehensum. 60. eod.* Sed & Celsus in *d. l. quidquid. 99. de verb. oblig.* postquam de stipulatore verba fecit, statim subjicit de promissore in eandem sententiam, *Nec rursus promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum esse.* quod valde circa hanc quæstionem considerandum arbitror; quoniam autem plerumque a venditore, locatore, stipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde est, quod contra eos pactiōem obscuram vel ambiguam exponi auctores nostri tradiderunt.

5. Quod si quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. si mihi & Titio. 113. §. 1. de verb. obligat.* respondeat, non quid fenserit promissor, æstimari debere, sed stipulantis mentem spectandam esse. Dicam id ea ratione fieri, quia in casu illic proposito mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, a quo mens promissoris aliena sit. Denique non esse ibi orationem ambiguam, nec tam contra promissorem ex mente stipulantis, quam ex re ipsa fieri æstimationem.

6. Similiter non obstat responsum Alfeni in *l. in lege. 29. locat.* Nam in dubio semper prius inspiciendum, quod verisimile est inter contrahentes actum esse, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluisse. Quod si quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus a locatore appositæ ambiguitatem inesse: verum ea cum aut late aut strikte sumi possint, late potius ac generaliter accipienda esse Jurisconsultus ait; nempe ne superfluo adjecta pacto videatur illa clausula, *neve finito*: cum etsi ea adjecta non esset conductor sylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, si quem urentem, cædentem, &c. deprehendens, non prohibuisset, ut notum est. ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent. 2. quæst. 7.* Hæc

autem ita observantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio est, quid senserint, quid egerint paciscentes aut contrahentes.

7. In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet: quippe in quibus, si quaeratur, quid actum sit, orationem ambiguum pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est: ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit. *l. in contrahenda 172. de reg. jur.* Cujus regulæ partem posteriorem Harmenopolus ubi supra sic interpretatur, ἢ ὃ ἀμφίβολον ὡς ὅτι ἐπὶ πρῶτου ἢ ἐν ἑτέρῳ. Id est, ambigua vero actio rem actoris non laedit. In eandem sententiam Ulpianus *l. si quis. 66. de judic. si quis*, inquit, intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius est, accipiendum est quod a Græcis in Basilic. ita redditum, ἢ ἀμφίβολον ὡς ὅτι ἐπὶ πρῶτου ἢ ἐν ἑτέρῳ. Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, sed etiam emendare, & mutare quoque actori liceat. *l. 3. C. de edend.*

8. Finge igitur Stichum judicio petatum esse, cum ejusdem nominis plures servi essent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor senserit. At si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum videri poterit. *l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc esse rationem scribit, quod stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum esse: alioquin semper negaturum reum se consensisse. Nimirum cum nulla sine consensu utriusque obligatio ex contractu oriri queat. *l. 1. §. 3. hoc tit. l. in omnibus. 55. de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum est, si error aut dissensus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur, corpore. *l. in venditionibus. 9. de contr. empt. l. continuus. 137. pr. de verb. oblig. §. si de alia. 22. Inst. de inut. stipul.* Judicium vero propter dissensum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriusque consensus non requiritur, sed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione usus est, sensisse, quod ei utilius est, non quod senserit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occasio, seu, ut Græci, ἢ καὶ ἐν ἀνέκδοτοις ἀκούσας, ne judicium incertum & confusum reddatur, nempe tergiversatione rei. Pertinet huc locus Demosthenis orat. πρὸς τὸν Περικλέα, ὅπου λέγει, ὅτι οἱ κριταὶ οὐκ ἀκούσας, sed de iis, de quibus actio esset instituta: hanc autem necesse esse actoris dictione declarari, τῇ δὲ δώκεται λέξει δηλοῦν.

9. Non est contrarium, quod apud Ulpianum *l. 5. §. ult. de rei vind.* ex Pomponio relatum est, si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotas; nec apparet de quo actum sit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor senserit. At cum id saltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius est actori, qui ambigue locutus est, sequitur. Hæc paulo uberius, quam vulgo solet, exposui, ut res tota perfecte cognosceretur.

De effectu & potestate pactorum.

1. Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.
2. Naturalem obligationem ex pacto natam, nisi personæ qualitas obstet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta sola actione.
3. Ad agendum & petendum efficacem non esse, nisi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei statim appositum sit, aut placito stipulatio intercefferit.
4. Pacto liberatorio obligationem naturalem ipso jure tolli.
5. Enodatio l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.
6. L. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act. explicatur.
7. Nuda conventionione rebus integris ipso jure dissolvi & obligationes omnes nudi consensus.
8. Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventionione contractam; nec obstare l. 17. §. 2. hoc tit.
9. Cæteras obligationes pacto convento non tolli ipso jure, sed ope exceptionis, aut pacti, aut subsidiariæ doli.
10. Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt, in continenti contractus facta, prodesse reo ipso jure.

DE vi & effectu pactorum, qua voce simpliciter prolata passim in jure nostro nuda significantur, multa jam ante a nobis dicta sunt, & dici necesse fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1. Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata sunt, hic effectus est, ut obligationem naturalem producant. l. 5. §. 2. de solut. l. 3. l. 4. C. de usur. Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare. l. 1. pr. hoc tit. unde Paulus l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur. eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

2. Atque hæc naturalis obligatio, nisi personæ obstet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, si unam dempseris actionem, quam naturalis & civilis simul. Ut ecce, potest hoc naturale debitum cum alio quovis compensari. l. 6. de compens. non datur ejus licet per errorem soluti repetitio. l. naturaliter. l. 3. l. si pænæ. 19. de cond. indeb. l. 7. de fidejuss. l. naturales. 10. de obl. & act. Potest constitui & novari. l. 1. §. pen. de pecun. constit. l. 1. in fin. de novat. Potest & pignus & fidejussor huic obligationi accedere. l. 5. l. 14. §. 1. de pign. l. naturaliter. l. 3. de cond. ind. §. 1. Inst. de fidejuss. l. 6. l. 7. ff. eod. & quamvis citra vinculum stipulationis usuræ fœnebris pecuniæ peti non possint, l. 3. C. de usur. tamen pacto promissæ servari possunt per retentionem pignoris pro sorte & usuris obligati. l. 4. l. pignoribus. 22. C. d. tit.

3. Cæterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum sit efficax, jure nostro ex pacto non nascitur, nisi specialiter lege senatusve consulto, aut a prætore confirmatum.

matum sit. *l. 6. l. 17. §. 2. hoc tit.* aut contractui bonæ fidei in continenti appositum, eo quod hujusmodi pacta pars sunt & lacinia atque lex ipsius contractus, sine quibus contractus initus non fuisset. *l. 7. §. quinimo. 5. eod. l. in bona. 13. C. eod. l. 1. §. si convenit. 6. depos. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abest, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiam si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in posterum actio competat, nisi placitis stipulatio intercesserit, ut rescriptum ab Imp. *l. si certis. 28. C. hoc tit.* Plane enim si placiti servandi causa stipulatio interposita fuerit, dubium non est, quin ex stipulatione agi possit. *l. si pacta. 14. l. petens. 27. C. eod.* Quod si ad pactum accesserit & alia causa, puta si præterea ab uno quid datum aut factum sit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum sibi ita obstrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: sed jam illa conventio non amplius nuda censetur. *l. 7. §. 2. l. divisionis. 45. l. in traditionibus. 48. hoc tit. l. debitori. 7. & seq. l. legem. 10. l. cum proponas. 21. C. eod.* Neque enim nudum pactum est, quoties certa lege aliquid datum aut factum esse probatur. *l. 8. in fin. l. solent. 15. de præscript. verb.* Sed de his satis dictum est supra *capp. 5. 6. & 7.* ubi item notatum est, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo serio, quam jure Romanorum ex stipulatione, actionem datam fuisse; quod & jure Canonico diserte cautum sit. *c. 1. & 3. ext. hoc tit.* & disciplina horum temporum sequatur.

4. Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipso jure tollit. *l. Stichum. §. naturalis. 4. de solut.* Estque hoc consentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventionione, sed alia ex causa obligatio naturalis profecta est: quoniam vinculum æquitatis, quo solo sustinetur, conventionis æquitate dissolvitur, ut disputat Papinianus *d. l. Stichum. §. 4. de solut.*

5. Non adversatur huic sententiæ, quod Paulus *l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.* respondet, prius pactum non elidi per posterius ipso jure, sed opus esse replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæsitæ erat, per posterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Quod obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, ei consequens videri poterat, etiam pacti hanc esse vim, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Cæterum hoc minime sequitur: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæsitæ posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus. 27. §. 2. hoc tit.* cum ait in pactis factum versari. Ait prius pactum per posterius ope replicationis elidi, non ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; addita hac ratione, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Id est, ut ego interpretor, quia stipulationes ipso jure vim suam exercent, eo quod his inest auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent, & sine jure ex solo conventu servantur. Itaque quatenus pactum prius tutione prætoris juvatur, hætenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad elidendam exceptionem jure honorario firmam. Hinc est, quod quidem etiam

etiam pacta nobis profint ad liberationem sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio, cum in facto rei posita sit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic receptionis & replicationis ratio est. In stipulationibus autem jus continetur, id est, per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam, eamque secutam acceptilationem hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut exstipulationis exceptione & objectione.

6. Atque huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum*. 34. §. 1. *de obl. & act.* scribit, cum qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare, se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere eum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit, facere est tutius: quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit ipso jure. *add. Cujac. Buf. & Ant. Fab. ad d. l. si unus*. 27. §. 2. *hoc tit. Donell. ad l. 5. C. eod. Borcholt. de pact. c. ult. n. 58. & seqq. Bachov. ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7. Præterea ipso jure nuda conventionem tolluntur obligationes omnes quæ nudo consensu contractæ, dummodo rebus integris a contractu abeat. *l. 7. §. adeo. 6. l. ab emptione. 58. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. l. 1. l. 2. C. l. quand. lic. ab empt. discedere.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt. *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de solut.* Nam etsi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc est, efficacem ad agendum producant, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista mero & nudo consensu constat, totaque est ex jure gentium, nihil habens a jure civili præter generalem quandam approbationem, quod extrinsecum quid est, & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla superesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8. Et secundum hæc recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventionem constituitur, *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventionem ipso jure dissolvi: licet ob stare videatur, quod a Paulo traditur *l. si tibi. 17. §. 1. hoc tit.* de pignore ex pacto jure honorario actionem nasci: tolli autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam. Nam bene a Negusantio *tract. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3.* & a Bachovio *lib. 5. de pign. c. 6.* observatum est, loqui Jurisconsultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris.

9. Cæteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso jure, sed ope exceptionis tolluntur, ut passim *hoc tit.* & alibi, inter quæ quid intersit, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, sicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo facit, quicumque id, quod quaque

ex-

exceptione elidi potest, petit. *l. 2. §. item quæritur. 4. & §. seq. de dol. mal. except.* Sed & quotiescunque pacti exceptio dari non potest, forte quia personæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut persona ejus pacto comprehensa non est, toties ad exceptionem doli subsidiariam confugimus.

10. Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea si in continenti facta sint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam stipulationi insunt, ipsoque jure reo profunt ad liberationem. *l. lecta. 40. de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum pacisci permisit: quam ob causam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur. *l. si tibi. 17. §. 1. junct. l. 6. l. 7. §. si paciscar. 14. hoc tit.* Nihil autem horum est, quin propriis quoque locis ante explicatum sit, & quidem copiosius.



TRACTA-

TRACTATUS

97

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO ACADEMICO FORENSIS.

Amplissimis, Gravissimis, Spectatissimis V. V.

D. D. CONSULIBUS REIPUBLICÆ

LEIDENSIS.

NULLIUS rei cognitio, Viri Amplissimi, ad intelligentiam juris civilis Romanorum aque necessaria est, atque hujus, quod tractandum suscepimus, argumenti de Jurisdictione & Imperio; nec quenquam repertum iri credo, qui id inficiaturus sit. Ceterum cum tot in hoc argumentum extent cum veterum interpretum, tum recentiorum commentarii, inanis omnis labor, & supervacuum videri poterit, quod porro in eo tractando studium ponitur. Atque hujus quidem etiam rei contemplatio diu me suspensum tenuit, & tantum non a presenti scriptione deterruit. Verum enimvero cum & veteres interpretes parum in hoc genere viderint, aut potius nihil (quod seculi vitio antiqui moris & memoria ignari adscribendum est) & recentiores, dum veterum errores taxant, ubi suam promunt sententiam, in alios non minus graves saepe incidant; & denique cum etiam a viris magni nominis non pauca hic tam obscure & perplexe tradita sint, ut ad mentem eorum intelligendam Oedipo conjectore pene sit opus, non inutile omnino fore ratus sum eam operam, quam quis in resumenda hujus argumenti tractatione collocaret, dummodo possit apertius ac dilucidius, quam hactenus factum est, rem totam explanare. Cum itaque repetita nuper ab initio Pandectarum interpretatione mox id ipsum argumentum publice se nobis explicandum obtulisset, tentare volui, possemne ea, quæ ad cognitionem rei tam necessaria pertinent, clare ac luculente auditoribus meis proponere, atque ita, ut etiam obtusiorum auribus hauriri, animisque percipi possent. Quod cum haud male, quantum intelligere potui, processisset, eventus conatui nostro respondente, ut aliis quoque prodessem, & quod semper studui, quam plurimis, ea, quæ viva voce in non contemnenda auditorum frequentia exposueram, publici juris feci. Potui, & sine magno negotio, prolixiorē scribere commentarium, sed nihil opus fuit, meliusque me consulturum utilitati studiosæ legum juventutis arbitratus sum, dum ea modo diligenter persequerer, sine quorum cognitione frustra in hac materia laboretur, & quibus cognitis cetera omnia per se aperta & plana futura sint. Hasce ego secundarum mearum curarum primitias vobis, Ampliff. Viri, hic offero consecroque. Causam, cur offeram, non addo, quod plerique nescio quibus coloribus accersitis facere solent, certus hoc munusculum nostrum, ut ut leviculum, gratum vobis acceptumque fore. Faxit Deus Opt. Max. ut florentissima vestra urbs florentior indies evadat, in eaque optimarum artium studia magis magisque excitentur, atque incrementum capiant. Dabam Lugduni Batavorum pridie Kalend. Novembris 1644.

VV. AA.

Observantissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

N

TRACTA-

TRACTATUS
DE
JURISDICTIONE
ET
IMPERIO.

CAPUT I.

De imperio mero.

SUMMARIUM.

1. Partitionem Jurisdictionis in civilem & criminalem a Romani juris usu alienam videri.
2. Docendi tamen gratia tolerari posse.
3. Cur potestas cognoscendi de causis civilibus sola nomen jurisdictionis habeat.
4. Merum imperium cur sic dictum.
5. Quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat.
6. An condemnatio ad perpetuos carceres sit meri imperii.
7. Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoque animalia extendatur.
8. Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.
9. Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.

SCRIPTURUS de jurisdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis necessaria est, non putavi operæ pretium rem a primordiis urbis ipsaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortassis etiam tædium pareret legentibus: sed satis abundeque desiderio studiosorum me facturum esse duxi, quamvis intra septa juris Justinianici me contineam, dummodo subinde, ubi opus erit transiliam, id est ubi rei, de qua agitur, explicatio erit arcessenda e longinquiori.

I. Interpretes nostri appellatione jurisdictionis in genere, sumptæ etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque jurisdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbare in bassam & altam, quæ posterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In consuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & basse Jurisdiction*, *hooge ende laege Jurisdictione*, quarum prior Belgice etiam *Halsheerlijckbeyt* dicitur. Cæterum hoc a Romani juris usu alienum esse reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut species opposita, expressim a jurisdictione separatur, cui contra cohærere & inesse dicitur imperium mixtum l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus cui mand. l. 3. ff. hoc tit. de jurisd. Marcus quoque Tullius in *orat. pro L. Muran.* potestatem juris dicendi diserte opponit quæ-

quæstioni, hoc est, mero imperio, uti explicat *Carol. Sigonius de antiq. jur. provinc. c. 7.* Nihil juvat interpretes, quod Papinianus in *d. l. 1. pr. de offic. ejus* &c. scribit, errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, jurisdictionem suam mandant: nam ut patet ex *§. 1. d. l. 1.* illud tantum verbis istis significare jurisconsultus voluit, errare magistratus, qui putant mandata jurisdictione, imperium quoque merum quod præter jurisdictionem habent, transire. Sed nec illud interpretum sententiæ patrocinator, quod apud Ulpianum *l. 7. §. ult. de offic. proconsul.* scriptum est, proconsulem habere plenissimam jurisdictionem, etsi enim proconsul merum quoque imperium in provincia habuit: tamen falso existimant Ulpianum appellatione plenissimæ jurisdictionis intellexisse etiam merum imperium. Ait proconsulem habuisse plenissimam jurisdictionem, nempe in causis civilibus: sic enim loquitur jurisconsultus, respiciens ad magistratus urbanos, qui plenam jurisdictionem non habebant. Quippe Romæ jurisdictio in multos magistratus diffusa fuit. *l. 2. §. ergo. 34. de orig. jur.* quorum omnium partibus proconsul in provinciaungebatur, salva magistratibus inferioribus sua in municipiis jurisdictione; nec ordiniorum tantum, sed etiam extraordiniorum, id est, qui de certis causis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo in numero erant præfectus vigilum, & præfectus annonæ. *d. l. 2. §. & hæc omnia. 33. de orig. jur. l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* & ita jurisconsultus hoc ipse explicat.

2. Equidem non inficior, si vim verbi spectemus, potestatem cognoscendi & judicandi de causis criminalibus jurisdictionem appellari posse, cum in confesso sit etiam de his jus dici. Pomponius *l. 2. §. & quia. 23. de orig. jur. De capite civis Romani injussu populi non erat lege permisso consulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæsarem de repetundis, Augustum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixisse. Ac proinde docendi causa communem illam Doctorum distributionem tolerari posse, ut verba accipiantur eodem sensu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Cæterum in multis non idem semper verborum & verbalium usus est; exempli causa, verba, pacisci, transigere, agere, conferre, &c. latiorrem habere significationem constat, quam verbalia, pactum, transactio, actio, collatio; & præstat nos sequi usum auctorum juris.

3. Cur autem potestas de causis civilibus cognoscendi sola nomen jurisdictionis acceperit, ejus rei hanc esse rationem arbitror, quod olim magistratus urbani, penes quos dicebatur esse jurisdictio, tantum de causis civilibus cognoscebant, potestatem autem cognoscendi de criminibus, præsertim de capite civis Romani, populus sibi reservabat, eamque vel exercebat ipse, vel aliis exercendam in causis singulis mandabat: de quo fusius differemus paulo post.

4. Separemus itaque primum a jurisdictione imperium, quod dicitur merum, & interdum *κατ' ἐξουχίαν* absolute potestas. *l. 3. h. t.* Merum imperium sic dici existimo cum Goveano in *d. l. 3. n. 10. Donell. lib. 17. comm. 8. Duar. 1. disp. 53.* quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens; oppositive nimirum ad imperium, quod nostri mixtum, & non merum appellant; quod scilicet jurisdictioni cohæret, subservit, inest. *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de offic. ejus* &c. *d. l. 3. hoc tit.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum est, & solum, ut in vino, quod aqua non est dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis

civilibus, *l. Bona. 31. pr. depos.* merum prætoris officium, id est, solum. *l. 5. de verb. obl.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque. *l. cum servus. 82. vers. sed nos neque. de cond. & dem.* mera donatio. *l. Aquilius. 27. de donat.* id est, pura & simplex, & similia.

5. Merum imperium sic a parte digniore describit Ulpianus *d. l. 3.* ut sit habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos: nimirum sub potestate gladii, ut tum temporis fere solo gladio vita adimebatur. *l. 8. §. 1. ff. de pæn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod si huic descriptioni addideris vel alterius cujusque gravioris coercitionis, ex *l. nemo potest. 70. de reg. jur. l. 6. pr. ff. de offic. procons.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint summove afficiendi supplicio, sive tollendi e numero civium metalli coercitione, deportatione, exilio, sive relegandi, fustigandive: unde etiam tot gradus meri imperii recte statuuntur, quod pœnarum in *l. capitalium. 28. ff. de pæn. Zas. ad d. l. 3. n. 25. & seqq. hoc tit.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coercitionum plane excludendæ, per *l. 4. ff. de interd. & releg. add. Pet. Fab. in l. nemo. 70. de reg. jur. Coras. 3. miscell. 17. Angel. Costal. Govean. Duar. in d. l. 3.*

6. De condemnatione ad perpetuos carceres quæsitum est, an & illa meri sit imperii. Respondeo, jure civili Romanorum hæc quæstio supervacua est: quia hoc jure carcer custodiæ, non pœnæ causa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur. *l. 8. §. solent. 9. ff. de pæn.* licet custodia illa interdum verbo pœnæ significetur, ut in *l. 3. de cust. reor.* Imo expresse vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres. *l. mandatis. 35. ff. de pæn. l. 6. C. cod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni sequuntur, id permixtum est. *c. 12. de hæretic. in 6. c. 3. de pæn. in 6.* hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima est ultimo supplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum est, speciemque esse gravioris coercitionis. *add. Damhoud. prax. crim. c. 6.*

7. Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur: non tamen principaliter & directe, sed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam. *Levit. 20. c. mulier. caus. 15. quæst. 1.* & materialiter ratione ipsius facti, non formaliter; quoniam in bestias proprie nec delictum cadit. Quo pertinet, quod lex Divina *Exod. 21.* bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis sit, ne oculos hominum offendant conspectus istius bestię, quam ut sit pœna. *Joh. Selden. de jur. nat. & gent. lib. 1. c. 4.* & denique in pœnam hominis, ut cum bestię cum parricidis culeo insuuntur: quod tamen bestiarum respectu vere pœna non est, sed usus tantum dominii humani in bestias. *Grot. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 21. n. 11.*

8. Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto. *Barr. & DD. in l. ult. ff. de sepulc. viol. & tit. de cadav. punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Cæterum secundum jus scriptum hic ita distinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata est in reo, aut non est: priore casu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo supplicio affecti sunt, cadavera non sepeliuntur, nisi & petiitum & permixtum fuerit. *l. 1. ff. de cadav. punit.* nec eorum, qui in insulam deportati sunt, cadavera licet inde transferre. *l. 2. d. tit.* Postea

Posteriore casu crimina morte extinguunt. *l. 3. l. 6. de publ. jud. l. ult. ff. ad leg. Jul. majest. l. ex judiciorum. 20. ff. de accus.* Itaque hic pœna criminis post mortem rei inchoari nequit. Excipiuntur judicia majestatis & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur. *d. l. 20. de accus. d. l. ult. ad leg. Jul. maj. l. ult. C. eod.* Et ex hac igitur causa etiam cadavera mortuorum ignominia affici possunt. Ratio est, quia cum pœnæ irrogandæ duplex sit causa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior cesset, altera tamen hic locum habet, quæ exemplo utili. In praxi autem etiam ad alia atrociora scelera hoc tractum est. *Gom. 3. resol. n. 78. § 79. Clar. lib. 5. §. fin. quæst. 51. n. 15. Farinac. var. quæst. 10. n. 77. & seqq. cum ibid. allegat.*

9. Illud notandum est, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, sed etiam jus de causis criminalibus cognoscendi & judicandi, perperamque hæc a nonnullis separari, ut perspicue apparet ex *l. 6. pr. de offic. procons. ubi* Jurisconsultus ait custodiarum audiendarum mandatum esse extraordinarium; neminem enim posse gladii potestatem sibi datam ad alium transferre. Et illi ipsi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coercendi datum, prælides nimirum, proconsules, præfectus urbi, præfecti prætorio: ac procul dubio Ulpianus in *l. 3. hoc tit.* sub potestate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem a proconsule legatis mandabatur, ut causas etiam criminales (quod de levioribus accipio) audirent, & reos præauditos ad se remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem postea cœpit esse juris ordinarii, sed ex speciali concessione Constantini *l. un. C. de offic. procons.* Nec obstat exemplum causarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tanquam nuda notio, separata est ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet; quasi & in criminalibus causis cognitio, tanquam notio quædam criminalis separanda sit ab executione, quæ sola sit meri imperii. Nam in causis civilibus imperium mixtum venit accessorie, atque extrinsecus assumitur propter contumaces & nec obediētes sententiæ judicis: quippe in his causis jurisdictio tota posita est in cognitione & sententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum est. *l. ult. §. 1. de offic. ejus cui &c.* Criminalium vero causarum longe alia ratio est; utpote quæ sola sententiæ dictione terminari non possunt, nec crimina sine executione coerceri: unde tota criminalium causarum tractatio nomen sibi assumpsit meri imperii.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SUMMARIUM.

1. Merum imperium qui olim habuerint ante & post quæstiones perpetuas constitutas.
2. Ordinem iudicum in decurias descriptorum discretum fuisse a consilio centumvirali.
3. Prætores non esse eundem, qui iudex quæstionis.
4. Qui post Principem constitutum merum imperium habuerint, & n. 5. ubi quædam notabilia de præfectura urbana.
6. Non omnes, qui merum imperium habent, posse quasvis pœnas irrogare.
7. Officium & potestas præfecti prætorio ut tempore variaverit.
8. Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.

HOC cognito, quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat, tria adhuc potissimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari possit; & postremo, soline ei, qui summam in republica potestatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

1. Olim nulli magistratui in urbe jus erat arbitrio suo in civem Romanum animadvertendi, sed populus hoc jus sibi reservarat, & ut quæque inciderent crimina, ita de iis aut ipse cognoscebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando a Senatu factum legimus. *Liv. lib. 39.* At post quæstiones perpetuas constitutas, quod factum esse Censorino & Manilio Coss. ait Cicero in *Brut.* anno ab urbe condita 605. septuaginta annis ante quam Sylla tyrannidem Romæ exercebat, prætores ordinarii creati sunt, qui cum quæstitoribus & iudicibus ex ordine equestri & senatorio selectis de causis criminalibus cognoscerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum esse, ut de repetundis, ambitu, majestate, peculatu. Nam propterea quæstiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege erat præscripta quædam forma perpetua iudicii de his rebus exercendi, ut nova semper lege opus non esset; tum quod annuam provinciam de his quæstionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri solebat, cum ita casus tulisset, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret, statimque hoc absoluto iudicio potestatem de eadem re quærendi non haberet. Quod si tum quoque aliquid accidisset, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæstor parricidii, sicut lege Pompeja extra ordinem populi suffragio creatus est quæstor L. Domitius Ahenobarbus, qui de vi, cuius Milo postulabatur, quæreret.

2. Ordo autem ille iudicum in decurias descriptorum, cuius modo facta mentio, discretus erat a consilio centumvirali. Nam centumviralia iudicia non publica, sed privata erant, ut constat ex enumeratione causarum centumviralium apud Cicero-

nem

nem in *Brut.* Scavola *l. Titia. 13. de inoff. test.* quærelam inofficiosi testamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hered.* petitionem hereditatis centumvirale iudicium vocat. At apud selectos illos iudices tantum quæstiones publicæ, id est, causæ publicorum iudiciorum agitabantur: idque non in basilica, ubi centumviri iudicabant, sed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos iudices cogeret, eorumque sortitionem & subfortitionem faceret ex iis decuriis, quibus iudicandi tum munus incumberebat: reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, absolvebat iudex quæstionis sorte a prætore ex numero iudicum creatus, qua cognita iudices sententiam ferebant. Iudex quæstionis Ciceroni quæstitor, Asconio Verrin. 3. princeps iudicum dicitur.

3. Non erat igitur ipse prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de senat.* sed alius ab eo. In iudicio Oppianici prætor erat C. Verris, iudex quæstionis C. Junius: In iudicio Cluentii prætor Q. Naso, quæstitor Q. Voconius. In iudicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, iudex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cicero in *fin. 3. in Verr.* consulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti scriptores. Enimvero etiam stante adhuc republica certum est merum imperium habuisse magistratus, qui cum fascibus & securibus in provincias mittebantur, veluti consules, proconsules, prætores, proprætores: atque id speciali lege his tribui solitum.

4. Constituto Principe in urbe animadversio criminum præfecto urbi concessa, & præsidibus in provinciis, in quas a Principe mittebantur. Atque omnino verissimile est, hos non speciali aliqua lege populi, sed ex ipsa creatione merum imperium habuisse. Quod autem ad proconsules attinet, quos senatus in provincias sibi populoque relictas mittebat, vetus ratio fortassis aliquamdiu adhuc mansit, ut speciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid si dicamus de horum omnium magistratuum imperio semel legem aut constitutionem promulgatam, quæ in creatione singulorum repetita censeretur? *Cabot 2. disp. 2. Scip. Gentil. 3. de iurisd. 20. & 25.*

5. Igitur sub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi. *l. 1. de offic. præf. urb.* prætores urbani non habuerunt: unde illa tutorum & curatorum, qui severiore animadversione indigebant, ad præfecturam urbanam remissio. *l. 1. §. solent. 7. d. tit. l. 3. §. sed si. 15. ff. de suspect. tut.* Præfectus urbi olim pro regibus aut magistratibus juri dicundo constituebatur ad tempus, illis urbe protectis ad bellum, vel ad provincias suas. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solenne sacrum Latinarum feriarum rite perageretur, quod Varro numerat inter annales ferias, *lib. 5. de Ling.* Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito. *lib. 6. Annal.* Auxit deinde potestatem hujus magistratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia usque ad centesimum ab urbe lapidem. *d. l. 1. de off. præf. urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præsides. *l. 6. §. pen. ff. de offic. præsid. ite proconsules. l. 6. ff. de offic. procons.*

6. Cæterum hi non habuerunt potestatem pœnas quasvis irrogandi. Nam ecce præses provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi potestatem. *d. l. 6. §. pen. de offic. præsid.* deportandi tamen in insulam jus ei datum non est. *l. 6. §. 1. ff. de interd. & de releg. l. 1. §. 3. ff. de legat. 3.* De proconsule idem sentio: nam id genus pœnæ, ut speciale & in libera republica non usurpatum, principem sibi reservasse credibile est. Itaque argumentum a majori ad minus hic non procedit, ut notant Docto-

res

res in *l. non debet. 21. de reg. jur. Cujac. in l. notionem. 99. de verb. sig.* quoniam singula, quæ ad merum imperium pertinent, nisi specialiter concessa non competunt. *l. 1. de offic. ejus cui Sc.* Præfecto autem urbis nominatim ac specialiter jus quoque deportandi a Principe datum. *l. 2. §. 1. ff. de pæn. d. l. 1. §. 4. de legat. 3.* Imperium merum, & quidem plenissimum habuerunt quoque præfecti prætorio. *d. l. 1. §. 4. de legat. 3.*

7. De officio præfecti prætorio, unde hujus magistratus initium & progressus, Arcadius Charisius in *l. un. de offic. præf. prat.* Videtur autem hic magistratus tempore posteriorum Imperatorum in officium plane civile degenerasse, cum ex institutione prima militare tantum fuerit, ut ex *Dione lib. 55. Sueton. in August. Arcadio d. l. un. & aliis constat.* Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut a sententiis eorum provocare non liceret, solumque concederetur supplicatio. *d. l. un. §. 1. l. un. C. de sent. præf. prat.* Itaque nunc recte præfecturas appellare possumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, *cours souveraines, hooge collegien van Justitie, daar van geen appel en valt, hoe wel supplicatie*, aut, ut nunc loquimur, *revisie*.

8. Hodie in municipiis iidem fere magistratus, quorum est jurisdictio, etiam merum imperium habent: at in agris, *ten platten lande*, scabini jurisdictionem tantum habent, merum imperium exercent, qui nostratibus dicuntur *Welboremannen*; hoc est, illi de causis civilibus duntaxat, hi de criminalibus cognoscunt.

CAP III.

An meri imperii exercitio mandari possit?

SUMMARIUM.

1. Meri imperii executionem mandari non posse.
2. Excipitur causa necessaria magistratus absentia: neque ea restringenda ad judicium legis Juliae de vi.
3. Male nonnullos excipere & eum, cui princeps causa criminalis executionem commisit: ubi de sententia *l. un. C. qui pro sua jurisd.*
4. An jure Can. imperium merum delegabile.
5. Reges Siciliae, Neapolis, Arragonia, Principes, Duces &c. Germania habere imperium merum non tanquam sibi mandatum, sed a se & ut suum. Neque quo minus veri principes sint, impedire obligationem fidelitatis &c. & n. 6.
7. Quid in toparchis seu dominis territorii.

1. **N**EMINEM posse jus gladii vel alterius coercionis sibi datum ad alium transferre, nec mandata jurisdictione imperium merum, quod lege datur, transire, tot locis & tam perspicue traditum est, ut mirum sit reperiri, qui contradicant. *l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui mand. l. 6. pr. de offic. procons. l. nemo potest. 70. de reg. jur.*

2. Una exceptio est, si is, cui hujus imperii exercitio obigit, necessario abesse cogatur. *d. l. 1. pr.* Idem tamen Doctores communiter statuunt in causa infirmitatis tali, quæ impediatur, quo minus magistratus officio suo fungatur; quod & rationem habet, *Bart. & DD.*

§ DD. in l. 3. hoc tit. Sunt qui hanc exceptionem restringunt ad iudicium publicum legis Juliae de vi, quia hujus solius in d. l. 1. meminit Jurisconsultus *Bronchorst. assert.* 16. quod non placet: nam eadem ratione dicendum esset, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur non idem admittamus in causa adulterii, peculatus, repetundarum &c. aut si in his admittimus, cur non etiam in causa homicidii? An quia gravius puniuntur sicarii lege Cornelia, quam lege Julia alia illa crimina? Atqui vis publica non minus severe vindicatur lege Julia, quam homicidium lege Cornelia, ut patet ex collatione l. 5. §. 2. l. qui dolo. 10. §. ult. & l. seq. ad leg. Jul. de vi publ. cum l. 3. §. pen. ad leg. Corn. de sicar.

3. Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes, in eo scilicet, cui princeps specialiter causae criminalis executionem commisit, arg. l. un. C. qui pro sua jurisd. & ibi Gloss. Bart. Bald. Cuman. Angel. Alexand. lib. 2. cons. 106. n. 20. Corn. cons. 24. colum. ult. & alii, quos laudat & sequitur *Menoch. lib. arb. jud. quaest. 54.* Sed perperam: quia constitutio ista utique restringenda est ad causas natura sua delegabiles, id est, civiles, argumento inscriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hac explicatione admissa, fore, ut novae istius constitutionis sive edicti ad praefectum praetorio missi promulgatio otiosa sit & supervacua: siquidem, ut textus ipse ostendit, praecipue pertinet constitutio ad magistratus delegantes causas non suae jurisdictionis, cujusmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus a principe, cui soli hoc conceditur, ut etiam causas alienae jurisdictionis, quarum cognitio ei mandata, delegare possit, & possit etiam personis alterius jurisdictionis. Itaque his verbis, *nullo personarum causarumve habito tractatu*, sub finem positus, hoc tantum significatur, posse delegatum principis causas quasvis (intellige civiles & delegabiles, quae & ipsae infinitae & variae) delegare quamvis alienae sint jurisdictionis &c. quod in principio constitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim *Alberic. in d. l. un. n. 5. Salic. n. 7. Castr. n. 9. post Cyn. Fac. de Aren. Oldrad.* Plures etiam citat *Gilken. in d. l. un. n. 3.* In legato proconsulis, quoniam is proconsuli tanquam vicarius a senatu *ius bonorum* teste Appiano lib. 1. de bell. civil. adjugebatur, speciale fuit, atque extraordinarium, quod ei custodiarum cognitio mandari potuit. l. 6. pr. de offic. procons. A Constantino autem jus audiendi causas criminales ei etiam nominatim datum. l. unic. C. eod.

4. Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile esse censent: *Longoval. in repet. l. 3. hoc tit. part. 3. c. 4. Alexand. Costal. Bus. in l. 1. de offic. ejus cui mand.* sed nullum textum e jure isto proferunt, quo id aperte probetur. Dicitur quidem in c. fin. ne cler. vel monach. secul. negot. posse Episcopum aliumve praelatum temporalem jurisdictionem habentem delegare causas sanguinis: sed quis non videt hoc esse speciale, cum ipsis clericis causas hujusmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Illud quoque, quod ex c. in archiepiscopatu. de raptor. afferunt, proponi illic Regem Siciliae causas criminales delegasse, qui tamen beneficiarius sit sedis Romanae, *Clement. pastoralis. de sent. & re jud.* nihil est.

5. Nam Rex Siciliae non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magistratus; sed a se tanquam princeps supremam in regno suo habens potestatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoscat, verus tamen Rex est & princeps omnia jura habens in subditos, quae principibus conveniunt. add. *Covar. 3. resol. 20. Facchin. 9. contr. 99.*

O

6. Simi-

6. Similiter quod de Principibus, Ducibus & Comitibus imperii Germanici affertur, non eos ipsos de causis criminalibus cognoscere, sed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non recte colligitur, merum imperium posse hodie delegari. Nam principes isti non habent imperium merum, tanquam mandatum sibi, sed tanquam suum & proprium: neque enim sunt nudi magistratus, sed quasi reges in suis ditionibus jus regalium habentes, quo jure & magistratus creant: ac proinde nec recte dixeris eos mandare merum imperium, non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præsidem creabat. *Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 23. & 29.* Enim vero, quominus hi Principes sint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præstandi obligatio, dummodo jura majestatis habeant: nam feudum censuque præstatio non adimit iis supremam potestatem, quam in subditos habent, eamque continuo transfert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: sed cum eo nihil habet commune. Sic hodie licet Turcarum Imperator tributum a principe Transilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in subditos ejus sibi vindicat. Regna Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ feuda sunt sedis Romanæ, adeoque si Pontificiæ constitutioni credimus, ipsum quoque imperium Romanum, quale nunc est, ex fide Romani Pontificis pendet. *Clement. un. de jurejur.*

7. Postremo nec toparchæ seu domini territorii, quibus a Principe in feudum concessum est jus meri imperii, *hooge jurisdictie ofte balsheerlijkheit*, cum alios constituunt, qui vice sua de criminibus cognoscant, non est ea tam simplex causarum criminalium delegatio, quam quædam magistratuum & judicum criminalium pro potestate a Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magistratus sunt, verbi causa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non posse satis notum est: atque ut nunc mores sunt, ne causarum quidem civilium cognitionem.

CAPUT. IV.

Soline principi iisve, qui summam in repub. potestatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum?

SUMMARIUM.

1. *Lotharii sententia contra Azonem defensa.*
2. *An merum imperium sit jus vitæ ac necis, & an idem, quod summum, & n. 3.*
4. *Aperitur via ad conciliandum cum Lothario Azonem, & n. 5.*

HÆC quæstio olim agitata fuit Bononiæ ab hinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis jurisconsultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgenfi Frederici Secundi filio. Uterque ex sponsione equum apud sequestrem depoluerat. Azo contendebat, non solum principem, verum etiam magistratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra solum id jus habere principem: magistratus autem ex concessione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipso apud Principem remanente. Imperator auditis utriusque

que partis argumentis secundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit, *l. 1. §. 1. de constit. princip.* tamen Doctores insequentibus Azonis sententiam magis probaverunt, quasi Imperator non ex rei veritate, sed favore suæ causæ ita judicasset. Unde natum est illud vulgatum Lotharius iniquum dixit, & equum abstulit: Azo æquum dixit & equum perdidit. *Zaf. in l. 3. num. 36. hoc tit.*

1. Cæterum causam Lotharii rursus suscepit Alciatus *lib. 2. paradox. c. 6.* & post eum etiam recentiorum magnæ parti sententia Lotharii probabilior visâ est; eamque & ipse veriorē esse existimo, utique si spectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipsum jus meri imperii concedere soliti fuere, quam hujus juris usum atque excercitionem, *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magistratus tanquam proprium & suo jure, uti suo jure habet jurisdictionem *l. 5. ff. hoc tit.* Sed tanquam delegatum: quam ob causam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit. *d. l. 1. pr. & §. 1. de off. ejus cui.* quod licuisset, si id jure habuisset proprio, *arg. d. l. 5. hoc tit.* Non obstat, quod morte Principis non finitur merum imperium in persona ejus, cui id concessum. Nam Princeps jure regaliū magistratus creat, & tanquam lex quædam imperium ejusque excercitionem iis defert, non simpliciter mandat exercendum: alias certe morte mandantis extingueretur, sicut jurisdictio a magistratu mandata morte mandantis extinguitur. *l. 6. hoc tit.* lex autem non moritur.

2. Afferunt alii & hanc rationem, quia merum imperium sit jus vitæ ac necis: hoc autem non nisi ejus proprium sit, qui jura majestatis habet, siue illa jura sint apud unum, siue apud plures, siue apud universum populum. Curtius *lib. 4. Et cum in regali solio residebis vitæ necisque omnium civium dominus.* Cujus potestatis insigne apud Romanos esset pugio siue gladius. Tacitus *lib. 3. histor. Vitellium solum a latere pugionem Cæcilio Simplicio in concione reddidisse, tanquam jus vitæ & necis &c.* Cæterum quoniam illi, qui principatum obtinent, ipsi vacare excercitioni meri imperii non semper possunt, ideo hoc exercitium cum causæ cognitione aliis delegari solitum. *arg. l. 2. §. ex actis. 16. §. & quia. 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodum solius principis est pœnam remittere. *l. 4. ff. de pœn. l. 1. & pass. C. de sent. pass.* August. *de fato; Imperatori soli licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere, & ipsi ignoscere,* ita & solius Principis proprium sit punire, *arg. l. nemo. 37. de reg. jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur, ideo hoc jus principem sibi reservare, nec ulli concedere: at contra quia fontes plerumque puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magistratibus mandare solitum.

3. Verum ego hæc non usque adeo magni æstimo, imo falsum arbitror, quod ajunt imperium merum esse jus vitæ & necis. Nam qui magistratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam potestatem ad animadvertendum in facinorosos, & absolvendos innocentes: ac proinde quid jurisdictionale, separatum ab iis, quæ jura majestatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere, pœnam remittere, pars est juris regii ac majestatis, quod summum imperium non merum, dicitur, neque cum alio communicatur: quanquam interdum fit, ut cum jura majestatis apud plures sunt, potestas condonandi delicti tribuatur uni, sicut nostri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utiq; merum imperium cum summo con-

fundi non debuit: non meri, sed summi imperii sunt, leges condere, magistratus creare, bellum inferre, pacem facere &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri positum merum imperium, pro summa in republica potestate.

4. Disputamus autem hic de more Romanis usitato, non de potestate Principis. Nemo enim est, qui nesciat posse Principem eumve, qui alio nomine summam reipub. tenet, non modo quoad usum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo potest Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliisque illud vendere & heredibus relinquere possit, sicut hodie jurisdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis est. Potest & ex contrario Princeps ea, quæ sunt jurisditionis, & ad causarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, sibi reservare: quemadmodum initio civitatis omnia manu a Regibus gubernabantur. l. 2. §. 1. de orig. jur.

5. Atque eo fortassis etiam respexit Azo, dum eum quidem solum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majestatis, eaque soli sibi reservare: cæterum judicialia & jurisdictionalia cum his confundenda non esse contendit, cujus generis quoque sit merum imperium. Nam etsi omnium magistratuum potestas & jurisdictio a Principe tanquam a fonte promanat, tamen hæc diversimode magistratibus concedi posse & solere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliisque eadem mandare possint, quali jure olim jurisditionem & jurisdictioni cohærens imperium Romani magistratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitationem juris alieni, sine potestate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id est, merum imperium lege vel senatusconsulto delegabatur. l. 1. de off. ejus &c. vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis sententia indefinite citra considerationem juris Romani accepta, vera est.

CAPUT V.

De Jurisdictione, quam vocant simplicem.

SUMMARIUM.

1. Notionis verbum de causis omnibus promiscue prædicari, iisque etiam attribui, qui jurisdictione carent.
2. Jurisdictio nulla simplex, si consideretur in concreto.
3. Vocem jurisdictionis & stricte accipi & late, tum quæ quæ significatione comprehendatur.
4. Specialiter concessa dici, & ea, quæ sub nomine officii tribuuntur.
5. Definitio jurisdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegesi.

NUNC de jurisdictione videamus, prout ea vox in usu juris sumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod jurisdictioni cohæret: sed prius aliquid de verbo notionis dicendum est.

1. No-

1. Notionis nomen latissimum est: nam & in civilibus causis & in criminalibus usurpatur. Prætoris notio esse dicitur, utrum actio danda, an deneganda sit. *l. ult. in fin. de obl. & act.* item cum de alimentis testamento relictis transactio interponitur. *l. 8. §. 1. de transact.* cum disceptatur, utrum qui filius esse dicitur, in potestate sit, nec ne. *l. 3. §. hoc autem. 3. de lib. exhib.* At in *l. 1. §. initio. 4. de offic. præf. urb.* notio ad causas criminales & capitalem animadversionem refertur, & apud Hermogenianum in *l. ex omnibus. 10. ff. de offic. præf.* ad cognitionem causarum civilium & criminalium promiscue. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque jurisdictionem habent: nam Ulpianus in *l. notionem. 99. de verb. sign.* scribit notionem, sic accipi posse ut & jurisdictio & cognitio intelligatur, videlicet, sine jurisditione, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixisset, *cujus de ea re jurisdictio est*, idem Ulpianus in *l. 5. de re jud.* melius, inquit, dixisset, *cujus de ea re notio est*. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem; notionem nimirum nudam, id est, cognoscendi & judicandi potestatem duntaxat, sine jure sententiam, quam dixerunt, exequendi; qualis fuit judicum a magistratu datorum. *l. a Divo. 15. pr. ff. de re judic.* Itaque quamvis judices dati notionem habuerint, jurisdictionem tamen non habuerunt, quia sententiam suam non potuerunt exequi. *d. l. a Divo.*

2. Dices sententiam exequi non esse actum simplicis jurisdictionis, sed mixti imperii, quod jurisdictioni cohæret. Fateor. Sed nego ullam esse jurisdictionem simplicem, si eam in concreto consideremus, ut a magistratu habetur: quoniam nullus est magistratus sine imperio cujus vi jurisdictionem suam tueatur, atque explicet. *l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus Sc. l. 2. ff. hoc tit.* At si consideretur in abstracto, vix est, ut jurisdictio aut actus jurisdictionis discerni possit a nuda notione actuve nudæ notionis, quam judex pedaneus habet; utique in causis jurisdictionis contentiosæ; excepto eo, quod judicem dare non nudæ notionis, sed jurisdictionis est. *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere possumus notionem & generis nomen esse, sub quo & jurisdictio comprehendatur, & speciei jurisdictioni oppositæ.

3. Jurisdictio duobus modis accipitur. Primo modo angustius & strictè pro ea potestate, quam quisque magistratus ex natura officii sui habet, sive propter eam ab initio creatus sit, sive eam obtineat more majorum: ut ecce, Prætor initio constitutus est ad hoc, ut de causis privatis inter civili judicio contententes jus dicat: more hoc ei concessum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur prætori competere vi jurisdictionis suæ, sive, quod idem valet, jure sui magistratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quæ ad jurisdictionem magistratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus est, sed specialiter magistratui postea sunt concessa; utpote qua concessione, tanquam accessione quadam novæ auctoritatis jus officiumque magistratus, & jurisdictio ejus plenior facta sit atque auctior: cujusmodi verbi causa jus est tutoris dandi potestas, quam Ulpianus *l. tuto. 6. §. 2. ff. de tutel.* negat esse jurisdictionis; nempe strictè & proprie acceptæ, veræ & germanæ: quia tale jus non est ex eorum genere, quæ vi jurisdictionis suæ aut more majorum magistratus habet, sed quæ specialiter Magistratibus quibusdam lege, vel senatusconsulto, aut a Principe data sunt, & quæ nisi nominatim tributa essent, magistratui non competere.

Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & jurisdictionem ejus, cui hoc concessum est, idque eum habere jure sui magistratus, si vocem jurisdictionis & juris magistratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & speciali potestate magistratui competit, sive jure extraordinario. *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. sed nec. l. 8. ff. de transactionib. l. 3. de postul. l. 3. §. sed etsi. 5. ff. judic. solv. §. sed hoc jure. 4. Inst. de Atil. tut.* De similibus idem judicium esto. Mirre in hujus rei explicatione variant DD. in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d. §. 4. *Instit. de Atil. tut. Don. 7. comm. 2. Coras. 5. misc. 24. Bellon. 1. supput. 2. Muscorn. tract. de jurisd. n. 167. Scip. Gentil. lib. 1. de jurisd. ad orat. D. Marci. c. 1.*

4. Illud hic observandum est, lege aut senatusconsulto concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta prætori, præsidi, &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his.* Hodie tutoris dationem esse jurisdictionis ordinariæ notant, *Myns. ad §. nos autem. 5. Inst. de Atil. tut. n. 11. & Vult. ad eund. tit. n. 10.*

5. In latiore autem illa significatione accepta jurisdictio sic describatur. Jurisdictio est potestas juris dicendi in causa civili publice data aut permessa. His definitionis verbis, *juris dicendi in causa civili*; significatur quidem esse ex adverso potestatem quandam juris dicendi in causis criminalibus: cæterum in usu juris nunquam ea potestas jurisdictio appellatur, sed perpetuo separatur a jurisdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque insolens est, ut verbi alicujus latior sit usus, quam verbalis, ut supra demonstravimus. Sub causis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariæ jurisdictionis, veluti emancipationem, adoptionem, &c. Verbo *juris dicendi* excluditur, notio pedaneorum judicum, quorum ministerio magistratus in judicando utebantur unum aliquem actum iis committentes præscripta formula, quam sequerentur, & reservata sibi potestate exequendi. *l. 5. l. a Divo. 15. ff. de re jud.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoscant & inquirant, juris autem definitionem ex formula præscripta mutuuntur, vix est, ut ipsi jus dicere videantur. Et alias quoque multum interest inter jus dicere & judicare. Separantur hæc in l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac. & tit. C. ne quis in sua ca. jud. vel jus dicat. Pater in causa filii jus dicere prohibetur. *l. 10. ff. hoc tit.* judicare non item. *l. in privatis. 77. cum. l. seq. ff. de judic.* quamvis si judex datus sit, recusari a parte adversa possit. *Duar. 1. disp. 51. D. Tulden. ad C. ne quis in sua caus. n. 1.* Postremo sæpe jus dicitur etiam non interveniente sententia, ut in iis, quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, puta adoptionibus, manumissionibus, bonorum possessione danda, &c. Ajo publice data, ut hinc removeatur potestas arbitrorum ad quos ex compromisso itur, quæ non publica, sed privata est: quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum sententia nascitur, de quo forte alias dabitur dicendi occasio. Addo aut permessa, ut comprehendam etiam jurisdictionem mandatam, quæ immediate jure publico non datur, sed permittitur, concessa ab iis, qui jurisdictionem directo acceperunt a populo, aut Principe. *l. 6. ff. hoc tit.* eodem fere sensu, quo tutela testamentaria & Atiliana jure civili permessa dicitur, legitima data *l. 1. ff. de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque jurisdictio definitione continebitur. Atque hæc jurisdictionis in genere sumptæ definitio, ut est simplicissima, ita mihi & optima ac plenissima videtur, utpote species omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quas magnam par-

DE JURISDICTIONE.

III

partem videre est apud *Enucleat. Don. lib. 17 comm. 7. lit. F.* nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cujacii parat. *C. de jurisd. jurisdictio est notio, quæ jure magistratus competit*; quæ nullam meliorem se composuisse scribit, soli convenit ordinariæ

CAP. VI.

De jurisditione ordinaria, & extraordinaria, contentiosa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1. Ordinariæ jurisditionis quæ sint.
2. Quæ jurisditionis extraordinariæ.
3. Tutoris datio quo referenda.
4. Quo judicis dandi licentia.
5. Contentiosa jurisdictio quid, & quæ eo pertineant.
6. Jurisdictio voluntaria, & quæ ad eam referenda.
7. Quatenus admittendum, quod vulgo ajunt, actus jurisditionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri posse.

POTERIT igitur secundum ea, quæ supra diximus, primum hoc modo dividi jurisdictio, ut alia sit ordinaria, quæ jure ordinario & more a majoribus recepto magistratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis, non jure ordinario.

1. Prioris generis sunt omnia, quæ jurisditionis sunt contentiosæ: quo etiam quodammodo pertinet missio in possessionem, facit *arg. in l. 4. §. 1. de off. ejus &c.* Bonorum possessionem dare voluntariæ jurisditionis est, & tamen ad hoc idem genus pertinet, *arg. d. l. 4. §. 1.* videturque species esse jurisditionis ampliata jure magistratus a prætore, ut & restituere in integrum.

2. Posterioris generis sunt cognitio super alienatione prædiorum minoris, per *l. 2. §. 1. d. tit. l. 1. de reb. eor. qui sub tut.* cognitio super transactione de alimentis testamento relictis, *l. 8. pr. & §. sed nec. 18. ff. de transact.* super manumissione a minore 20. annis faciendâ, quam causam prætor de consilii sententia examinabat ex lege Aelia Sentia. *§. 4. Inst. qui & ex quib. caus. manum.* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l. 2. pr. de offic. ejus.* ait eum, cui mandata est jurisdictio, non posse exercere consilium, item cognitio, quam ex senatusconsulto prætor habet, si a familia dominus occisus esse dicatur. *l. 1. in fin. pr. de offic. ejus.*

3. Huc item referenda est tutoris datio, per *l. 8. ff. de tut. dat.* quam hoc respectu jurisconsultus negat esse jurisditionis. *l. 6. §. 2. ff. de tutel.* nimirum in specie acceptæ & ordinariæ; quemadmodum Pomponius in *l. 2. §. hæc omnia. 33. de orig. jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat esse magistratus, vocem magistratus, ad ordinarios contrahit: ab aliis enim, Feneftella, Cassiodoro, in numero magistratuum recensentur.

4. Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordinariæ jurisditionis fuisse videtur, *arg. l. cum prætor. 12. §. 1. de judic.* ubi Paulus scribit, judicis dandi

dandi potestatem more concessam esse magistratibus Romæ: lege autem datam proconsuli. Magistratus municipales etsi jurisdictionem aliquam habent, nusquam tamen legimus eos iudicis dandi licentiam habuisse.

5. Secundo distribui potest jurisdictio in contentiosam & voluntariam: cujus distributionis fundamentum est in *l. 2. de offic. procons. & leg.* Contentiosa jurisdictio est, quæ exercetur in invitos iudicio pecuniario seu civili contententes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis instar habent, ut stipulationes prætoris, missio in possessionem; tum quæ ad iudicium exercendum pertinent, ut iudicis dandi licentia. *l. 1. l. 3. l. 4. ff. hoc tit. l. actionis. 37. ff. de oblig. & act.* Atque hæc jurisdictionis species maxime proprie appellatione jurisdictionis continetur, deque ea potissimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6. Voluntaria jurisdictio est, quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quæ geruntur extra iudicium. Eorum autem, quæ ad hanc jurisdictionem pertinent quædam præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desiderant: cujus generis sunt adoptio, manumissio, liberorum emancipatio; quæ proinde etiam de plano transigi possunt. *d. l. 2. de offic. procons. §. 2. Inst. de libertin.* quædam etiam causæ cognitionem & decretum magistratus, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumissio a minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis. *l. 8. §. 8. ff. de transact. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 4. Inst. qui & ex quib. ca. man. l. si paterfam. 15. §. 2. l. nec ei. 17. per tot. ff. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum possessio, per *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in poss. serv.* Tutoris datio intermedium quoddam genus jurisdictionis est, quod quidem sine iudicii contentione exercetur, sed tamen in invitos: quia publicum tutela munus est. *pr. inst. de excus. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo referunt bonorum possessionem edictalem, insinuationes testamentorum & donationum, quæ summam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & testamentorum, Legitimatio autem vereor ut ad jurisdictionalia referri possit: & utique hoc jus est ex reservatis Principum.

7. Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriusque jurisdictionis observandum tradunt, quod quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri possunt. *arg. l. 2. ff. de offic. procons.* contentiosa autem jurisdictio extra provinciam explicari nequeat. *l. ult. ff. hoc tit.* Cæterum hæc distinctio ad omnes actus voluntariæ jurisdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui causæ cognitionem desiderant: nec ad alios fere, quam ad hosce tres, adoptionem, manumissionem, & emancipationem. Atque hi actus in specie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non potuerunt nisi apud eum, penes quem erat legis actio. *l. 3. ff. de offic. procons. l. 1. ff. de offic. iudic. l. 1. C. de adopt. Paulus lib. 2. sent. 25.* ubi scribit etiam apud magistratus municipales adoptari & manumitti posse, si habeant legis actionem, id est, apud duumviros, quibus data est legis actio. Apud defensores insinuari poterant testamenta & donationes. *Nov. 15. c. 3.*

CAPUT VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1. *Mixtum imperium quid sit, unde sit dictum, & an pars jurisdictionis.*
2. *Cur hoc imperium jungi jurisdictioni necesse.*
3. *Actus jurisdictionis & imperii revera esse diversos.*
4. *Præcedere semper actum jurisdictionis sequi actum imperii, si opus sit.*
5. *Bonorum possessionem dare sitne actus jurisdictionis, an imperii, & n. 6. & 7.*
8. *Ad l. 3. ff. hoc tit.*
9. *Fubere cavere prætoriam stipulatione & in possessionem mittere, jurisdictioni, an mixto imperio adscribenda.*
10. *Explicatio l. 4. ff. hoc tit. junct. l. 28. ad munic.*
11. *Restituere in integrum, cognoscere de suspectis tutoribus, jurisdictionis esse, non mixti imperii.*
12. *Divisionem imperii mixti in id, quod jurisdictioni inest, & id, cui insit jurisdictio, commentitiam esse.*
13. *Quicumque jurisdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

1. **N**UNC tempus est, ut de eo genere imperii loquamur quod mixtum nostris appellatur: Mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum est cum jurisdictione, eique cohæret & inest. *l. 3. ff. hoc tit. l. 1. in fin. ff. de offic. ejus* &c. Alias appellatur imperium non merum. *l. ult. §. 1. d. tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & jurisdictio licet ratione personæ, cui competunt, ita inter se conjuncta sint, ut alterum sine altero esse non possit: tamen ut nominibus sunt distincta, ita & re ipsa diversa sunt: id quod ex eo manifestum est, tum quod mandata jurisdictione hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis, eique perpetuo cohærens. *d. l. 1. §. fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus.* tum quod definitur modica coercitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur atque explicat. *d. l. ult. §. 1.* ut non tam pars sit jurisdictionis, quam adjunctum inseparabile; quanquam hoc sensu dici potest, unum quoddam cum jurisdictione compositum constituere.

2. Dicitur autem modica coercitio oppositive ad gravem animadversionem, in qua consistit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium sententiis & decretis magistratuum in causis civilibus necesse fuit portionem aliquam quasi de imperio decerpere & jungere jurisdictioni, ut magistratus hac potestate armatus jurisdictionem suam defendere, & quæ vi jurisdictionis suæ statuit ac decrevit, executioni mandare possit, cæteraque facere, sine quibus jurisdictio foret elusoria.

3. Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum sit cum jurisdictione,

P

revera

re vera tamen, uti diximus, diversa sunt, atque actus jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni tribui debeat. Causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jubere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, iussa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa, imperii non jurisdictionis. Jubere in carcerem ire in causa pecuniaria mixti quoque imperii est. *per l. 2. ff. de in jus voc. & recte Scip. Gentil. lib. 3. de jurisd. c. 10. post Zas. in l. 3. ff. hoc tit. n. 47.* notat, quarundam coercionum species mixto & inero imperio esse communes, qualis item est multa dictio.

4. Et præcedit igitur actus jurisdictionis, quem sequitur actus imperii, si ei quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Si pareatur, subsistit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc sententia uti simplicissima, ita & verissima est, licet paucos auctores habeat, & præter Goveanum, Longovalium, Ant. Fabrum *lib. 4. conject. 4.* Bachovium *ad hunc tit. fere neminem.* In tantum ut ceteri juris magistri, qui decreta & iussa magistratuum imperii esse statuunt veluti jubere cavere prætoris stipulatione, in possessionem mittere, passim imprudentes sibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum esse coercionem coherentem jurisdictioni, ut nervos habeat, & illud positum esse in executione atque expeditione. *vid. Coras. 3. misc. 17. Duar. de jurisd. c. 7. Dov. 17. comm. 6. Vaud. 2. quest. 35. Fachin. 9. contr. 95.* Inter alios Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. c. 3.* sic scribit. *Si consideramus materiam circa quam, jurisdictio & imperium mixtum non differunt: utrumque enim pertinet ad causas civiles & pecuniarias. Quod si non res, sed vim ipsam atque naturam jurisdictionis & imperii mixti spectamus, jurisdictionem esse dicemus, jus cognoscendi & statuendi de causis civilibus; mixtum vero imperium, potestatem, quæ jurisdictioni coheret, ejus tuenda atque exequenda gratia.*

5. Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoris stipulatione, in possessionem mittere, jurisdictioni adscribenda sint, an imperio mixto. Non possunt adscribi imperio. Nam, ut de datione bonorum possessionis primum dicam, quis actus jurisdictionis hic præcedit, quem bonorum possessionem dando prætor defendat? quem coercet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nulla est sententia, quam non præcedat cognitio; nemo autem unquam dixit, mixti imperii esse pronuntiare sententiam, cum, a quo quid petitur, absolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis iudicibus, quos constat jurisdictionem non habere, tribuimus partem imperii, jurisdictioni perpetuo annexam, & remotam a nuda notione, quam solam iudices pedanei habent. Relinquitur ergo, ut dicamus bonorum possessionem dare non imperii, sed jurisdictionis esse.

6. Hoc ipsum & ex eo quoque perspicuum est, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione versatur, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano *in pr. Inst. de bon. poss.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed a jurisdictione prætoris veniunt, unde edicta omnia.

7. Sic igitur omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum dat possessionem, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur. *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse alicujus imperii,

perii, sed intra terminos jurisdictionis consistere. Quod si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercet obnitentes. *Facit l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.*

8. Sed obstat nobis locus Ulpiani in *l. 3. ff. hoc tit.* ubi diserte Jurisconsultus ait, bonorum possessionem dare, esse mixti imperii: sic enim scribit: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Respondeo me non dubitare, quin lectio istius loci vitiosa sit, & vel cum Antonio Goveano legendum & distinguendum hoc modo; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* nihil enim tam frequens est, quam iterati verbi ommissio: aut cum Antonio Fabro *lib. 4. conjeç. 4. pro quod* substituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Uti que verba sequentia, *Jurisdictio est etiam &c.* ostendunt prius a Jurisconsulto prolatum fuisse exemplum jurisdictionis, non imperii: potuitque facile nasci error ex utriusque syllabæ & notæ similitudine. Hanc mihi responsionem extorsit manifesta ratio juris. Hotomannus *lib. 7. observ. 16. & in d. l. 3. hoc tit.* etiam pro his verbis, *cui jurisdictio inest.* legi mavult, *quod jurisdictioni inest.* nec sane absque ratione. Nam proprie jurisdictio non inest imperio, sed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam jurisdictionem, sed mixtum imperium: nec jurisdictionem coherere, accedere, famulari imperio mixto, sed hoc jurisdictioni. *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de offic. ejus cui mand.* Cæterum non semper accurate satis loquuntur Jurisconsulti: nec aliud sentisse existimo Ulpianum, cum mixto imperio inesse dixit jurisdictionem, quam imperium hoc jurisdictioni coherere, hoc est, penes eum esse, cui competit jurisdictio.

9. His, quæ diximus, consequens est, neque imperii mixti esse, jubere cavere prætoriam stipulatione, & in possessionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, vi jurisdictionis suæ id facit, non imperii, non magis quam si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Denique stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire aperte scriptum est apud Pomponium in *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* At si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedit, quod diximus, imperium, quo decretum suum prætor manu ministrorum exequatur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei qui in poss.*

10. Negotium plerisque faceffit, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. hoc tit.* & Paulum *l. ea quæ. 26. pr. junct. §. 1. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoriam stipulatione, in possessionem mittere, restituere in integrum, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Me vero parum ista inovent, quippe qui certus sum verbo imperii in *dd. legib.* nihil minus significari, quam mixtum imperium, quo de hic quærimus: nam alioqui dicere debebant Jurisconsulti jubere cavere, & in possessionem mittere jurisdictionis non esse, sed imperii mixti. Jam vero cum dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, illud significare voluerunt, esse quidem hæc jurisdictionis, sed eminentioris cujusdam, magisque imperiosæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua scilicet potestas majorum magistratuum, hoc, eorum qui tribunali præsunt, relucet: minores autem magistratus, quales erant magistratus omnes muni-

municipales, ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis sunt, facere non posse. *d. l. ea quæ. 26. pr. ad munic.* Atque hoc respectu alibi magistratus omnes inferiores dicuntur esse sine imperio & potestate. *l. nec magistratibus. 32. ff. de injur.*

11. Hujus ejusdem generis est & restitutio in integrum, *d. l. 26. §. 1. ad munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici potest ea cohærere jurisdictioni &c. Cognoscere quoque & pronuntiare de quæstione suspecti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l. 1. §. suspecti. 11. ff. ad senat. Turpil.* ubi legimus suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione, quam prælidem, posse pronuntiare, non quia id mixti sit imperii, nam & magistratus inferiores mixtum imperium habent: sed quia est excellæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quæ solis competit magistratibus majoribus, & imperii nomine passim a nostris designatur. *l. 8. §. 1. ult. de offic. procons. l. 3. de offic. ejus §. c. l. 2. ff. de adopt. l. cum prætor. 12. §. 1. ff. de judic. l. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact. l. quod jussit. 14. ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori jurisdictioni, eoque nomine significatur, imperium quidem majorum magistratuum, sed quod tamen positum sit in jure dicundo. Neque immerito cum quid magistratus vi jurisdictionis suæ facit, imperare dicitur, cum & ipsa vox imperii pro magistratu interdum usurpetur. *Cic. lib. 3. de legib. Iusta imperia sunt.* id est, magistratus legitime creantor.

12. Plerique cum hæc non intelligerent, ut aliqua saltem ratione se expedirent, duo genera imperii mixti commenti sunt; unum, quod jurisdictioni cohæreat atque subserviat, comparatum ad jurisdictionem contentiosam tuendam atque explicandam: alterum, cui insit jurisdictio, seu cui tanquam principali jurisdictioni accedat atque ancilletur; cujus generis sint ea, quæ magis imperii esse dicuntur, quam jurisdictionis: & hoc ideo, quia sicut in priore specie jurisdictioni, ita in hac magis emineat imperium. ita *Baro in l. ult. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n. 143. Bocer. c. 4. 18. Obrecht. c. 12. n. 25. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* In quo toto cælo eos errasse ex iis, quæ modo diximus, manifestum est. Nullum enim est mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat cui accedat & famuletur jurisdictioni: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in modica aliqua coercitione, comparata jurisdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13. Hoc autem constituto imperium mixtum consistere in modica coercitione, qua sine nulla sit jurisdictio; id imperium cohærere jurisdictioni eique subservire, consequens omnino est omnes, qui jurisdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magistratus minores in municipiis, cum & ipsi habeant jurisdictionem: Quemadmodum enim magistratus intelligi non potest sine jurisdictione, ita nec potest sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit. Enim vero non est necesse, ut quicumque magistratus est, omnes partes hujus imperii habeat, sicut nec ex diverso, ut habeat plenam jurisdictionem: at partem saltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujusque tuendo, sufficiat. Sic magistratus municipales etsi forte jus multæ dicendæ non habeant. *arg. l. 1. pr. si quis jus dic. non obtemp. l. aliud est fraus. 131. §. 1. de verb. sign. pignoris tamen captus jurisdictionem suam tueri possunt. l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil.*

Aquil. l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 4. §. 2. de damn. infect. non male in hanc sententiam differit Donel. lib. 17. comm. c. 7.

CAP. VIII.

De jurisdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1. *Quinam propriam jurisdictionem habeant.*
2. *An legatus proconsulis.*
3. *Mandata jurisdictio quid.*
4. *Quid sit mandare jurisdictionem.*
5. *Eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum non esse.*
6. *Quæ jurisdictio quibus mandari possit.*
7. *Mandari posse, quæ sunt jurisdictionis ordinariæ; non posse, quæ extraordinariæ, & quare. item n. 8. & 9.*
10. *Manumissio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri possint.*
11. *An apud legatum proconsulis. ad l. 17. ff. de man. vind. & l. 2. §. 1. Junct. l. 3. de off. procons.*
12. *Tutoris datio an mandante magistratu transeat.*
13. *Etiam causas cognitionis prætoriarum mandari posse.*
14. *Mandata tamen simpliciter jurisdictione non transferri.*
15. *An mandari possit mixtum imperium.*

NONDUM omnia jurisdictionis genera executi sumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis est distributio jurisdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum jurisdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, sed beneficio alterius.

1. Propriam habent magistratus, utpote quibus ea potestas principaliter data. *l. 6. ff. hoc tit.* ad hoc enim magistratus a populo aut principe creati & constituti sunt, ut jus dicant reddantque. *l. 2. §. post originem. l. 3. de orig. jur.* qui ob id etiam jurisdictioni præesse dicuntur. *l. 12. de legib. l. 10. ff. hoc tit. l. 1. ff. de judic.* Nec tantum magistratus ordinarii propriam jurisdictionem habent; verum etiam qui extra ordinem constituuntur juris publice dicendi causa, ut præfectus vigilum & annonæ. *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* eoque referri possunt & delegati a Principe. Item magistratus municipales, quorum jurisdictio continetur intra territorium cujusque municipii. *l. 3. ff. de tut. dat. l. duumvirum. §. 3. C. de decur. lib. 10.*

2. Cum autem non alii, quam magistratus hanc jurisdictionem habeant, sequitur nec legatum proconsulis propriam habere jurisdictionem: scilicet quia nec legatus magistratus est; erratque Onufrius *lib. 3. de imp. Rom.* legatum referens inter magistratus populi Romani. Nam magistratus ex ipsa creatione immediate a populo aut Principe jurisdictionem accipiunt: legatus autem, etsi proconsuli adjutor in partem curarum a senatu dabatur, ut ex Appiano supra retulimus, jurisdictionem tamen a procon-

sule accipiebat *l. 4. §. ult. l. 12. §. 1. seq. de offic. procons. l. 1. §. an autem. 4. ff. de suspect. tut.* Aperte autem inter se pugnant, eandem jurisdictionem & mandatam esse & propriam; eundem pro suo imperio agere, & alienis partibus fungi. *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* Quod si legatus suo jure haberet jurisdictionem, utique & alii eam mandare posset per *l. 5. huc tit.* quod tamen nusquam traditum est, nec morte proconsulis finiretur, contra *l. 6. eod. Govean. in d. l. 6. n. 9.* Potest quidem dici etiam legatum quædam propria habere. *l. 13. de offic. procons.* sed ea videlicet, quæ mandata non sunt, nec mandari possunt, veluti jus dandi tutoris. *l. pen. eod. tit.* quod ei specialiter datum est oratione D. Marci. *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magistratus competunt; sed quia hæc a proconsule non accipit legatus, nec in iis proconsulem recognoscit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l. 2. ff. quis & a quo appell.* scribit, a legatis proconsulem appellari, de quo plura inferius. Apud nos item magistratus omnes & soli propria sunt jurisdictione præditi: Vassalli autem de jurisdictione cum feudo investiti etiam jurisdictionem habent patrimoniam, quam & in heredes una cum feudo transmittunt. Itaque hi non sunt simplices magistratus. Ejus autem jurisdictionis, quæ proprio jure non competit, duæ species recte constituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac specie dicemus separatim, ac primum de mandata.

3. Mandata jurisdictio est, quam quis habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent; ac proinde beneficio alieno. per *l. 5. ff. huc tit.* Quatuor hic fere quæstiones examinandæ occurrunt. 1. possitne quam quis jurisdictionem habet, eam alteri mandare. 2. si potest, quando pro potestate sit mandata. 3. quatenus mandata transeat. 4. translata quomodo & quando finiatur.

4. Primo satis constat jurisdictionem, quam quis habet, alii mandare posse, sed inquam mandare, id est, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat. *l. 3. de offic. ejus §. 1. solet. 16. ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus, qui mandavit, utatur. *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* ac proinde et si is, cui mandata est, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l. 5. §. 3. ff. de adm. tut.* & mandataris jurisdictionis simplex & purus vicarius est, non magistratus. Transferre autem jurisdictionem suam in alium, atque ab se abdicare nemo potest, *l. pen. ff. de offic. præsid.* quoniam nimirum hac translatione constitueret magistratum, quod solius est supremæ potestatis. Vult. ad *l. 3. C. hoc tit. Scip. Gentil. lib. 2. de jurisd. c. 26.* estque perspicuus error Busii in *l. 1. §. 1. n. 2. §. 4. de offic. ejus.* asseverantis etiam cum, cui mandata est jurisdictio, magistratum esse: non enim quævis juris dicendi potestas magistratum facit, sed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte Donell. *17. comm. 7.* Potest sane is, qui summæ rei præest, majores creans magistratus, his impertiri facultatem minores constituendi, sicut apud nos quædam civitates jus magistratus eligendi a Principe habent: sed tale jus magistratibus Romanis concessum fuisse nusquam proditum est.

5. Cæterum non omnes, qui jurisdictionem habent, eam mandare possunt: sed nec cuivis mandari jurisdictio, neque omnia possunt, quæ sunt ejus, qui jurisdictionem habet, ut jam amplius hic quærendum sit, quis, cui, quatenus, quid eorum mandare possit.

6. Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum jurisdictionem mandare pos-

posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet. *l. more majorum. §. ff. hoc tit.* qui haberet propriam, non etiam qui sibi mandatam. *l. ult. de offic. ejus.* Qui enim utitur aliena, is eam alteri utendam dare non magis potest, quam rem sibi commodatam alteri commodare. *fac. l. non plus. §. 4. de reg. jur.* Hinc vulgatum illud, delegatum subdelegare non posse: cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recensentur a Costatio in *d. l. ult. de offic. ejus.* sed quæ nata sunt ex errore confundentium delegationem jurisdictionis cum datione judicium. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis subdelegare potest: de quo plura cap. sequenti. Mandari porro jurisdictionis iis omnibus potest, qui & iudices dari possunt. Qui autem idonei iudices non habentur, iis nec jurisdictionis recte mandabitur: quo in numero sunt surdus, mutus, perpetuo furore laborans, impubes, senatu motus, scæmina, servus, quibus foro interdictum est, & si qui sunt similes. *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de judic. & ibi gloss. & DD.*

7. Sed nec omnia, quæ sunt jurisdictionis in genere acceptæ, mandari possunt: nam ut supra dictum est, quædam jurisdictionis est extraordinaria, & adventitia, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis: quædam ordinaria & genuina, quæ magistratui competit jure sui magistratus. Quæ jurisdictionis sunt ordinariæ, ea omnia mandari possunt & mandata jurisdictione transeunt. At contra nihil eorum mandari potest, quæ specialiter lege, senatusconsulto, vel constitutione Principis conceduntur, nec quicquam eorum mandata jurisdictione transfertur. *l. 1. de offic. ejus &c.* Nimirum quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt: quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt, quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessario, non pertinet.

8. Mandari igitur possunt, quæcunque sunt jurisdictionis contentiosæ, & mandata jurisdictione transferuntur: inter quæ & jubere cavere prætoriam stipulatione, & in possessionem mittere, de suspectis tutoribus cognoscere. *l. 4. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 1. §. an autem. 4. ff. de suspect. tut.* Jure quoque ordinario magistratui competit bonorum possessionem postulantibus dare, quamvis id voluntariæ sit jurisdictionis: proinde & hæc potestas mandari potest. *d. l. 4. §. 1. de offic. ejus.*

9. Ex contrario jus cognoscendi super transactione de alimentis ultima voluntate relictis, super alienatione prædiorum minoris, super adrogatione impuberis, manumissione a minore viginti annis facienda, non recte mandatur, quia jurisdictionis extraordinariæ est, sive specialiter & extra ordinem concessæ. *l. 2. pr. & §. 1. de offic. ejus. l. 8. pr. & §. sed nec. 18. de transact. l. si paterfam. & l. seqq. ff. de adopt.*

10. Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ jurisdictionis, adoptio, manumissio, emancipatio, quæ proprie legis actiones dicuntur, mandari non poterint. *l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1. & l. 3. de offic. procons.* ex quibus locis discimus; hujusmodi actus expediri non posse, nisi apud eum, apud quem plena sit legis actio: cum autem, cui mandata est jurisdictionis, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Sunt, qui existimant hæc legis actiones magistratibus Romanis proprio jure competiisse, singulari tamen cum restrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ speciatim concedebantur, annumeraren-

rarentur; ut vero aliis magistratibus competere, lege & speciali concessione opus fuisse. per l. 1. de offic. jurid. l. apud præfectum. 21. de manum. vind. l. 1. C. de vind. libert. At hæc eodem recidunt.

11. Objicitur hic nobis l. apud proconsulem. 17. de manum. vind. ubi ita scriptum est: *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. Sed & apud legatum ejus manumittere possumus.* cui loco e diametro obstat l. 2. §. 1. de offic. procons. verba hujus loci sunt hæc; *Apud legatum proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem;* nimirum voluntariam, qualem habet proconsul. & mox l. 3. eod. subjicitur, *Nec adoptari potest: omnino enim non est apud eum legis actio.* Duarenus ad tit. de offic. procons. Hotomannus 2. amic. resp. 1. & alii hæc loca conciliant adhibita hac distinctione, ut intersit, utrum legatus provinciam jam ingressus sit: an necdum. Quamdiu nondum ingressus est provinciam, actum manumissionis apud eum celebrari non posse, eoque pertinere d. l. 2. §. 3. de offic. procons. posse autem, ubi provinciam ingressus a proconsule mandata est jurisdictio; quo referunt d. l. apud proconsulem. 17. de manum. vind. Huic conciliationi per me licet, qui voluit, acquiescat, potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos minime dubia esse potuit, admitat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis visa est. Primum quia quod Paulus initio d. l. apud proconsulem. 17. de man. vind. ait, posse apud proconsulem manumitti, postquam urbem egressus est, idem cum intellexisse omnino verisimile est & in eo, quod mox subjicit, de legato, ut scilicet & apud eum manumissio procedat, simulatque urbem egressus sit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in d. l. 2. §. 1. de offic. procons. negat apud legatum manumissionem fieri posse, nempe quia talem jurisdictionem non habet, admissa superiore distinctione inepta plane est: Nam legatus antequam provinciam ingressus jurisdictionem a proconsule accepit, nullam omnino habet (ac ne mandari quidem ei ante jurisdictione a proconsule potest. l. 4. §. post hac. 6. de offic. procons. Postremo ratio ab Ulpiano allata in l. 3. eod. tit. quod omnino non sit apud legatum legis actio, manifesto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingressus a proconsule mandata est jurisdictio. Quod si jurisdictio in hac causa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, simulatque proconsul ipse eam potuit exercere, id est, statim quam urbem esset egressus. Suspicio igitur lectionem d. l. 17. mendosam esse, & pro apud legatum ejus, reponendum, apud legatum Cas. id est, Casaris; erroremque natum ex notis ejus & Cas. quod & ante me nonnulli alii suspicati sunt, teste Gothofredo. Est autem legatus Cæsaris idem, qui passim præses provinciæ appellatur. l. pen. ff. de offic. præf. & probabile admodum est, jurisconsultum ostendere voluisse, idem proconsulis & præsidis hac in causa jus fuisse, atque apud utrumque simulac urbem egressi essent, manumissionem expediri potuisse.

12. Tutoris quoque datio ex speciali concessione est, non jurisdictionis ordinariæ. l. 6. §. 2. ff. de tutel. idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, præsides provinciarum ex lege Julia & Titia. pr. inst. de Attil. tut. postea consules, & mox prætores ex constitutionibus. §. 3. Inst. eod. tit. Quapropter nec hanc potestatem mandante magistratu transire traditum est l. 8. de tut. dat. nec obstat, quod apud Justinianum legimus, jussu præsidum magistratus municipales tutorem dare posse. §. 4. Inst. d. Attil. tut. Nam hoc

hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati magistratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus specialiter datum est *l. 3. de tut. dat.*) sed quod non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad prælidem, cujus priores partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis advocaretur, ad eos remisisset. *l. 1. §. si præses. & §. si curatores. ff. de magist. conven.* Nec admodum dissimile est exemplum legati proconsulis, qui mandata demum a proconsule jurisdictione tutorem dare potest. *l. 1. 3. junct. l. pen. de offic. procons.* cæterum non propter mandatam jurisdictionem; sed quia id ei specialiter datum est oratione D. Marci. *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Merum imperium mandari non potuisse, quod & ipsum ex speciali concessione magistratibus quibusdam competit, supra relatum est, sed hoc a jurisdictione remotum.

13. Illud hic quæsitum est, an etiam causæ cognitionis prætoris mandari possint, hoc est, causæ, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solennibus & strepitu judicii, sine formula expediebantur & disceptabantur a magistratu ipso: de cujusmodi causæ erant, cognitio de salariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium. *l. 1. de extraord. cognit. persecutio fideicommissi. l. pecunia. 178. §. 2. ff. de verb. sign. Ulpian. in fragm. tit. 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt. l. 1. §. 2. ff. de rei vind. restitutio in integrum ex edicto de minoribus. l. in causa. 13. §. 1. l. quod si. 24. §. ult. ff. de minor.* Et quidam existimaverunt hujusmodi causas mandari non posse, inter quos & D. Cujacius *lib. 7. obs. 23. & in d. l. pecunia. 178. §. 2. de verb. sign.* ubi ait eas magistratui specialiter concessas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hisce causis judex dari non potuit. *l. 2. C. de pedan. judic.* ex eo non continuo sequitur, nec mandari potuisse; quod enim judex in his causis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum causarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d. l. quod si. 24. §. ult. de minor.* Ex hoc edicto, inquit ibi Paulus, nulla proprie actio vel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Ratio autem nulla est, cur minus jurisdictio in his causis, quam in aliis mandari possit, quod & Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. c. 20.* bene observavit. Nimirum cognitio prætoris vel prædialis est etiam in eo, cui mandata est jurisdictio, licet non sit in judice dato. Quæ decretum requirunt & pro tribunali explicanda sunt, prætorem desiderari dicuntur, *l. ubicunque. 105. de reg. jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui jurisdictio mandata est, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur, sed tantum judices pedanei & magistratus municipales qui pro tribunali non cognoscebant; atque hinc explicandum quod dicitur in *l. 1. §. suspecti. 11. ff. ad sen. Turp.* suspecti tutoris accusationem tantum pro tribunali examinari posse, neque de hac quæstione alium, quam prælidem posse pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata jurisdictione transire constat. *l. 1. §. 4. ff. de suspecti. tut.*

14. Plane si quis querat, an jurisdictione simpliciter mandata, etiam cognitio super hujusmodi causis translata intelligatur, responderem non intelligi translata: neque enim omnia, quæ specialiter mandari possunt, in genere mandata jurisdictione transeunt, per *l. 4. de offic. ejus. junct. l. 1. §. 4. ff. de susp. tut.* ubi rescripto decisum, non an cognitio de suspectis tutoribus in specie mandari potuerit, sed an jurisdictione

Q

sim;

simpliciter mandata, ista quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, sed quædam requirunt mandatum speciale: quos casus collegit *Mozz. c. de divis. mand. n. 11. & seqq.*

15. Memini quoque quæsitum esse, an mixtum imperium mandari possit. Sed hæc quæstio mihi inepta atque absurda videtur, nisi ita accipiat, an mandata jurisdictione simul imperium, quod non est merum, transeat. Inauditum quippe est, imperium mixtum, quod jurisdictionis tuendæ causâ comparatum est, veluti multam exigere, pignora capere, quod est apparitorum, seorsum mandari sine jurisdictione. Quod si ita quæstio proponatur, an mandata jurisdictione etiam imperium mixtum in eum, cui jurisdictione mandata est, transeat, nullam causam video, cur id affirmare dubitemus, cum sine ullo imperio jurisdictione explicari nequeat, & sunt in eam rem textus expressi in *l. 1. §. 1. l. ult. §. ult. de offic. ejus.* Plane imperium mixtum, quod jurisdictioni extraordinariæ & adventitiæ subservit, mandata jurisdictione non magis transit, quam ipsa illa jurisdictione.

C A P U T IX.

Quando jurisdictio mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.

S U M M A R I U M.

1. Quando jurisdictio mandata intelligatur.
2. Quid intersit, magistratus an Princeps jurisdictionem mandet, item n. 3. & 4.
5. Ex quo æstimandum, quatenus jurisdictio transeat.
6. Jurisdictionem mandatam sic transferri, ut semper maneat aliena, ejusque rei effecta.
7. Neque hinc excipiendum esse legatum proconsulis, ubi explicatur *l. 4. §. ult. de off. procons.*
8. Sententia *l. 13. eod. tit.*
9. Explicatio *l. 2. quis a quo app.*
10. In eum, cui delegata est jurisdictio etiam mixtum transire imperium, ubi insignis veterum interpp. error reprehenditur.
11. Sententia *l. 13. ff. hoc tit.*
12. Apud Belgas morem delegandi iudices fere exolevisse.

1. **M**ANDATA jurisdictio intelligitur, ubi magistratus dicit se mandare aut delegare alicui jurisdictionem suam, se jurisdictionem suam alicui exercendam dare, sive velle se, ut quis in jurisdictione vice sua & partibus fungatur, sive jurisdictionem suam alicui dare. *l. 3. l. 4. de offic. ejus. l. solet. 16. ff. hoc tit.* Necesse autem est, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioqui ei non creditur. *c. cum in jure. x. de offic. deleg.*

2. At enim multum interest, Princepsne, an magistratus his verbis utatur: nam si magistratus quibuscunque ex superioribus verbis usus fuerit, nihil amplius, quam mandasse jurisdictionem intelligitur. Quod si magistratus judicem dare se aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec jurisdictionem habeat, neque alium judicem dare possit, nec sententiam, quam tulerit, valeat exequi. *l. a judice.*

G. de

C. de judic. l. 5. l. a Divo. 15. ff. de re jud. quod contra esset, si his verbis jurisdictio mandata intelligeretur. *l. 2. l. 3. in fin. hoc tit. l. ult. §. 1. de offic. ejus.*

3. Utrumque hoc contra in principe. Cum princeps jurisdictionem alicui dedit, is eam propriam habebit, non tanquam mandatam: utpote quæ tanquam a lege profecta sit: siquidem potestas dandi & efficiendi propriam, quam magistratus non habent, in Principe cum voluntate concurrat, per *l. 6. ff. hoc tit. junct. l. 1. ff. de constit. princ.* Effectus hic, ut ne finiat hæc jurisdictio morte Principis, quod contra futurum erat, si mandata tantum intelligeretur. *d. l. 6. hoc tit.* Rursus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & jurisdictionem mandasse intelligitur, id quod potestas huic judici tributa manifeste probat. Nam qui a Principe judex datus est, is etiam alium judicem dare potest; atque ab hujus sententia appellatur is, qui cum dedit, non Princeps. *l. 1. C. de judic. l. un. in fin. C. qui pro sua jurisd. junct. l. 1. l. ult. ff. quis a quo appell.* Atque hanc mentem esse Principis causam aliquam delegantis existimari par est, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipsa executio maiestate ejus est inferior.

4. Cæterum cum mandata duntaxat jurisdictio in persona judicis a Principe dati accipitur, idcirco morte Principis ea finietur. *d. l. 6. ff. hoc tit.* Hinc jam facile intelligi potest, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatum Principis subdelegare posse, nempe posse cum alium judicem dare; idque semper, non tantum si propriam habeat ex datione Principis jurisdictionem, sed & si mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoscimus, qui vel judex a Principe datus sit: jurisdictionem autem alii delegare non posse, nisi ex voluntate Principis ejus propria facta sit: quod ut jam diximus, contingit etiam jurisdictione a Principe mandata.

5. Quatenus mandata jurisdictio transeat, ex ipso mandato æstimandum est, quemadmodum & in cæteris rebus omnibus fines mandati custodiendos esse constat. *l. solet. 16. §. 1. ff. de leg. 1. l. 5. ff. mandat.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut perat palam commissionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum sit. Potest & ipse committens super dubio consuli. *Gail. 1. obs. 35. n. 3. §. seqq.* Et igitur si tota jurisdictio mandata est, universa transit, ut tamen semper excepta esse intelligantur, quæ mandanti specialiter concessa sunt: nam absurdum esset generali oratione plus tribui & concedi posse, quam speciali. *l. solet. 16. ff. hoc tit. junct. l. 1. §. 1. l. 2. de offic. ejus.* Si pars tantum mandata, puta in certas personas aut causas, nihil amplius, quam quod mandatum est, transit. *l. prætor. 17. ff. hoc tit.* Quinimo etsi simpliciter & indefinite jurisdictio mandata sit, ea tamen, quæ sunt cognitionis prætoris, transire non puto, sed ut transeant, opus esse mandato speciali, secundum ea, quæ dicta sunt capite præcedenti.

6. Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hætenus transire, ut semper sit aliena jurisdictio, neque pro suo imperio quicquam agat is, qui mandatam jurisdictionem suscepit, etiam si & ipse prætor sit: sed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens. *d. l. 1. §. 1. l. 3. de offic. ejus. d. l. solet. 16. ff. hoc tit.* Unde est, quod ab eo, cui mandata est jurisdictio, non provocatur is, qui mandavit, sed ille, a quo ipse provocaretur. *l. 1. §. 1. ff. quis a quo appell.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconsulis: nam & legati jurisdictio vicaria & aliena est, positumque in arbitrio proconsulis utrum juris-

ditionem mandet, vel non mandet; quamvis mandatam temere aut inconsulto principe revocare nequeat. *l. 6. §. 1. l. legati. 13. de offic. procons.* Neque ei, quod dicimus, adversatur responsum Ulpiani *l. 4. §. ult. d. tit.* hoc enim jurisconsulti pronuntiato, *proconsul ingressus provinciam mandare jurisdictionem legato suo debet*, non simpliciter iungitur proconsuli jurisdictionis mandandæ necessitas; sed verbum *debet* in hoc responso ad tempus, quo mandanda jurisdictio est, refertur, præsupposita mandandi voluntate: ut hic sit sensus, si vult mandare, debet hoc facere provinciam ingressus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconsul jurisdictionem possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus est. Atque hanc esse sententiam jurisconsulti evincit ratio ab illo subiecta: ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet jurisdictionem, prius quam ipse jurisdictionem nactus sit. Sed etsi hoc largiremur, proconsulem præcise debere jurisdictionem legato suo mandare, ex eo tamen non protinus sequitur, eam legati propriam fieri; nam alioqui & ipse eam mandare alii posset, nec morte proconsulis solveretur, quod utrumque secus se habere ostendimus capite proxime præcedenti.

8. Multo minus ex eo, quod Pomponius *l. 13. de offic. procons.* scribit, legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi a proconsule mandata eis fuerit jurisdictio, inferri potest, ergo ubi mandata est jurisdictio, eam habent propriam: sed hoc tantum, ergo mandata jurisdictione, quædam propria habent, atque hoc suo sensu recte dici non negamus, hujus autem generis sunt, quæ specialiter legato tributa, occasione quidem, sed non vi mandatæ jurisdictionis, veluti tutoris datio. *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat. judicis dandi licentia. l. 12. §. 1. ff. de judic. jus multæ dicendæ. l. 2. in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria esse dici possunt, quia ea a proconsule non recognoscit: quod fufius exposui *cap. præced.*

9. Sed quærat aliquis, si legatus propriam jurisdictionem non habet, quæ sit ratio, quod a legato appelletur proconsul. *l. 2. ff. quis a quo appell.* cum a cæteris, quibus delegata est jurisdictio, provocetur, non qui mandavit, sed ille, qui provocaretur ab ipso delegante. *l. 1. §. 1. eodem.* Respondeo, non existimo perpetuum esse, ut a legato provocetur proconsul, sed in iis duntaxat causis obtinuisse, quas diximus ex speciali concessione, non vi mandatæ jurisdictionis ad legatum pertinere; puta si tutoris aut judicis a se dati excusationem non admiserit, aut multam alicui dixerit. Neque huic responsioni nostræ refragatur Venulejus in *d. l. 2. quis a quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit simpliciter proconsulem a legato appellari, sed appellari posse: nempe aliquando, & positis, ut loquuntur, terminis habilibus.

10. Porro cum is, cui jurisdictio mandata est, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut supra demonstravimus, etiam imperium mixtum, quod jurisdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum est, transeat, poterit utique mandatararius & sententiam, quam dixit, ipse exequi. *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de offic. ejus. l. 2. ff. hoc tit.* Atque insignis veterum interpretum hic error est, qui negant, posse delegatum jurisdictionis sententiam suam executioni mandare. *Part. & DD. in l. a D. pio. 15. ff. de re jud. & l. 5. ff. hoc tit.* quos sequitur *Gail. lib. 1. obs. 97. n. 7.* Decepit eos *d. l. 15. pr. de re jud.* quoniam non animadverterunt Jurisconsultum illic loqui de judicibus datis seu pedaneis, non de eo, cui mandata est jurisdictio. Nimirum illi

con-

confundunt mandatarium jurisdictionis cum iudice pedaneo: item mandare jurisdictionem, & iudicem dare aut delegare: unde existimarunt nec iudicem dari posse ab eo, cui delegata est jurisdictionis, per *l. 5. ff. hoc tit. l. ult. de offic. ejus.* Sed longe aliud est jurisdictionem mandare aut delegare, aliud simpliciter dare iudicem. Qui jurisdictionem mandat, is quidem etiam iudicem constituit, sed cum imperio & potestate exequendi: quod is, cui jurisdictionis mandata est, hoc est, commissa alienæ jurisdictionis exercitio, facere non potest. Iudicem vero dare non prohibetur. *l. 1. l. 3. ff. hoc tit.* quia iudice dato non transfertur jurisdictionis, sed nuda solummodo notio conceditur, id est, facultas cognoscendi & iudicandi sine iudicati exequendi potestate. *l. 5. § d. l. 15. de re iudic.*

11. Obstat creditur responsum Ulpiani in *l. eum qui. 13. pr. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait cum, qui iudicare jubet, Magistratum esse oportere. Is autem, cui jurisdictionis mandata est, non est Magistratus. Verum *παχυμίστος* hunc locum accipi oportet; non ut excludatur is, cui mandata est jurisdictionis, qui vice magistratus fungitur, sed ut intelligamus non posse jubere iudicare eum, qui magistratus nunc non sit, aut jurisdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, iudicem dederit, secundum id, quod statim subjicitur *§. 1. d. l. 13. Pet. Fab. in l. nemo potest. 70. de reg. jur.*

12. Mos dandi iudices apud nos in totum exolevit: nam delegati a Collegiis, quos Commissarios appellamus huc non pertinent: neque ab iis, qui summæ rei præsent, in causis revisionum aliisve extra ordinem delegati. Et jam olim a Diocletiano ipsis magistratibus cognoscendi & iudicandi imposita necessitas extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediuntur. *l. 2. C. de pedan. iudic.* Ac neque illud apud nos moris est, ut magistratus delegent jurisdictionem suam. Quomodo & quando mandata & translata jurisdictionis finiatur, quæ quæstio ex quatuor supra cap. 8. propositis, postrema est, dicetur in commune *cap. ult.*

CAPUT X.

De jurisdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1. Jurisdictio prorogata quid sit, & quo colore sustineatur.
2. Non esse locum prorogationi nisi inter eos, qui communi imperio subiecti.
3. Nec nisi in diversis magistratibus, qui non sint simul domini territorii.
4. In prorogatione solum partium consensum requiri.
5. Eum, in quem consensum est, aliquam jurisdictionem habere debere.
6. An mandata jurisdictionis possit prorogari. § n. 7.
8. Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo statuunt, illum de loco ad locum juri nostro parum convenire. item n. 9. & 10.
11. An jurisdictionis iudicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in suo territorio ius dicat.

12. *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi exponitur l. 2. §. 2. ff. de judic.*

1. SPECIES altera jurisdictionis non propriæ est, quæ dicitur prorogata. Prorogatio jurisdictionis nihil aliud est, quam jurisdictionis extra fines suos consensu privatorum facta productio. Hanc ergo jurisdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujusque jurisdictionis suis terminis circumscripta sit, extra quos eam sine prorogatione exercere non liceat. *l. ult. ff. hoc tit. l. 1. §. 2. ff. de judic.* Cæterum quod de mandata jurisdictione traditum est *l. 6. ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dari aut deferri a lege; sed mandatam lege confirmari, hoc vel magis dicendum est de prorogata, scilicet eam quoque lege confirmatam esse; & haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas pertinet: nisi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut sententiis magistratuum aut judicum excedentium modum jurisdictionis aut notionis suæ standum esset, per *l. 3. C. hoc tit.*

2. Hoc autem evidens argumentum est, non esse prorogationi locum, nisi inter eos, qui communi imperio, & verbi causa uni eidemque Principi subiecti sunt. Nam exempli gratia si subiectus regis Galliæ proroget jurisdictionem magistratus Belgici, prorogatio ista non erit efficax. Et quod dicitur magistratum unum debere exequi sententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magistratibus, qui subiecti sunt uni atque eidem capiti; aut est meræ gratiæ. Atque ex hoc fundamento defenditur constitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare jurisdictionem judicis laici. *c. significasti. c. si diligenti. de for. compet.* Jure autem civili id secus est. *l. pen. C. de pact. l. placet. 17. §. 1. C. de episc. & cleric. Nov. 123. c. 21. & seqq.*

3. Sed & prorogationi duntaxat locus esse videtur in diversis magistratibus, qui meri sunt & simplices magistratus: quippe, quorum nihil interest prorogari alterius jurisdictionem: secus autem esse in iis, qui simul sunt toparchæ & domini territorii habentes jurisdictionem patrimoniam; ne scilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id est, ne cogantur carere fructibus jurisdictionis suæ, ut loquuntur, puta multis aliisque poenis pecuniariis, quæ lucro talem jurisdictionem habentium cedunt. *fac. c. ex transmissa. x. de for. compet.*

4. Illud ante omnia pro certo habendum est, prorogationem esse actum partium, ac proinde non aliorum consensum hic exigere, quam ipsorum litigatorum, ac ne ejus quidem, cujus jurisdictionis prorogatur; denique nec judicis ordinarii sive competentis, utpote cui nihil adimitur. *l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. in l. 1. C. hoc tit. n. 66.* Sane quidem ut invitus jus dicat is cujus jurisdictionis prorogata est, cogi non potest: cæterum si dixerit, etiamsi crediderit suam esse jurisdictionem, valebit quod inter consentientes statuerit. *d. l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. ad. d. l. 1. n. 168. C. hoc tit. Duar. ad tit. de judic. c. de foro compet. Gail. 1. obs. 40. n. 3.*

5. Nec minus illud semper constitit eum, in quem consensum est, aut tribunali præesse aut aliam jurisdictionem habere debere. *l. 1. ff. de judic.* neque enim potest privatorum consensus jurisdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico concessam habeat, nec quod is statuit, judicati continere auctoritatem. *l. 3. C. hoc tit.* Denique quod non est, prorogari non potest. *l. 5. ff. de precar.*

6. Dubitatum est de jurisdictione mandata, an & illa prorogari queat, negant *Barr. in l.*

in l. 1. ff. de jud. n. 5. Cyn. Salic. Vult. in l. 1. C. hoc tit. Scip. Gentil. lib. 2. c. 13. Ajunt Zas. in l. si per errorem. 15. ff. hoc tit. n. 15. Bald. in d. l. 1. ff. de judic. Duar. c. 2. de jurisd. Bocero. c. 7. n. 20. Prior sententia obtinere videtur jure Canonico c. cum olim. 32. Sc. P. & G. 4. de off. & potest. jud. deleg. posterior jure civili. d. l. 1. ff. de judic. Ubi jurisconsultus ait, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, esse jurisdictionem: neque enim hoc alium sensum habet, quam si dixisset, prorogari posse consensu partium non modo jurisdictionem propriam, verum etiam mandatam. Assentior autem Baldo in d. l. 1. in addit. sub fin. Bocero d. c. 7. distinguuntibus, utrum universa jurisdictio mandata sit, an pars tantum & in specie ad unam aliquam causam: ut illo casu etiam mandata jurisdictionis prorogationi locus sit, hoc non item. Ac de posteriori hoc casu: loca illa juris pontifici intelligenda esse apparet ex ipso contextu: neque hoc casu aliud juris erit in delegato Principis. per dd. text. Ad priorem autem casum referendus est locus Ulpiani d. l. 1. ff. de judic. nimirum ad casum, quo mandata est alicui jurisdictio universa. Neque hujus distinctionis ratio obscura est: nam cum magistratus totam suam Jurisdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut absurdum sit hoc casu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam causam mandatur jurisdictio, extra id, quod mandatum est nihil exerceri potest, ne fines mandati excedantur.

7. Objiciunt Salicetus & Sichardus in l. 1. C. hoc tit. quod mandata seu delegata jurisdictio sit limitata ad certam personam. Quid tum postea? nam & propria sive ordinaria eodem modo limitata est. Quod si per personas intelligunt personas litigantium, jam delegatio erit specialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obstat quoque, quod ajunt delegatum non posse subdelegare: quoniam ex eo non recte collegeris nec jurisdictionem ejus prorogari posse. Sunt enim hæc plane diversa, eum, cui mandata est jurisdictio, alteri eandem mandare, & ei ipsi jurisdictionem consensu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ sufficere: qui tamen volent, adire poterunt *Enucleat. Don. lib. 17. comm. c. 10. & ibid. alleg. lit. P.*

8. Interpretes fere quatuor esse statuunt jurisdictionis prorogandæ modos; de loco ad locum; de tempore ad tempus; de re ad rem (sub qua specie comprehendo de causa ad causam, de quantitate ad quantitatem, de casu ad casum) de persona ad personam. Sed vereor ne hæc juri nostro consentanea non sint. Nam non sine causa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum jurisdictio prorogari possit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinensis ex prorogatione Bononiæ cognoscere & judicare queat. Affirmant quidem hoc *QD. comm. Alex. in l. ult. ff. de jurisd. Abbas in C. novit. 7. de off. & pot. jud. del. Zas. in l. pen. ff. de just. & jur. n. 25.* & porro etiam quærent, an hic præcise expressus partium consensus requiratur, & an etiam necessarius consensus judicis illius loci, seu expressus, sive saltem tacitus. Sed si obtinemus ex ratione juris nostri nullam esse hujusmodi de loco ad locum jurisdictionis prorogationem, disputatio illa tota inutilis est. Viderunt hoc *Bart. in l. 2. ff. de judic. in pr. n. 7. Bald. ibid. n. 7. Salic. in l. 1. C. hoc tit. n. 5.* nos etiam evidentissimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9. Primum constat magistratus omnes extra fines territorii sui privatos esse.

l. 3.

l. 3. de offic. præsid. l. ult. de off. præf. urb. l. ult. ff. hoc tit. At privato tribui jurisdictio consensu litigantium non potest, l. 1. ff. de judic. l. 3. C. hoc tit. & ineptum est, quod *Alexand. in d. l. ult. ff. hoc tit.* profert, judicem habere jurisditionem in habitu, ubicunque sit: nam valde insubtiliter jurisdictio comparatur cum habitu, id est, vi animi longo usu & crebris actionibus parta. Imo jurisdictio plane non est habitus, sed jus quoddam & potestas in subiectos cives publice tributa, certos terminos ac limites suos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ jurisditionis, puta manumissio, adoptio, etiam extra territorium apud magistratum exerceri possunt, non recte intuleris, ex prorogatione in volentes & consentientes extra fines suos etiam extendi posse jurisditionem contentiosam. Nam ex natura jurisditionis voluntariæ est, quod ubique exerceri possit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & consentientes, nec aliter potest: si extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque si quis, verbi gratia, servum suum apud proconsulem nondum provinciam ingressum manumiserit, is non potest dici prorogasse jurisditionem proconsulis, non magis, quam si apud provinciam jam ingressum manumississet. Manet autem eadem jurisditionis contentiosæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnes actus voluntariæ jurisditionis extra provinciam explicari possunt: imo nulli ex iis, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderant, quod jam aliquoties a nobis & dictum & demonstratum est.

10. Adhæc ubi semel ex consensu partium prorogata est jurisdictio, etiam in invitos ea exercetur: at hoc in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si vim istam haberet jurisdictio prorogata, ad eam exercendam non opus esset consensu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri jurisditionem tribuere, nec sibi adimere potest. Non adversatur c. 11. §. in nullo. de rescript. in 6. illic enim sermo est de delegato pontificis, quem tanquam delegatum Principis constat ubique jus dicere posse.

11. Sed nec illud simpliciter admittendum est, posse ita jurisditionem judicis prorogari, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat. Nam quæ decretum desiderant, & causæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi solet. l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat. quæ res privatorum pactis mutari non potest. l. neque ex pratorio. 27. de reg. jur. neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve est, auctoritatem judicati habeat. arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud. atque hoc ipsum etiam, *Mario Solomonio* pridem observatum est in l. pen. ff. de just. & jur. Quæ vero causæ cognitionem non desiderant, præparatoria judicii, interrogationes &c. illa quidem alio quoque loco a magistratu aut judice tractari possunt, & vel domi sella posita vel in itinere. l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac. sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi magistratui visum fuerit. Itaque ex ratione juris nostri nulla est de loco ad locum jurisditionis prorogatio. Moribus *Transilvaniae* receptum esse ut judices unius territorii in alterius territorio ex consensu partium etiam contentiosam jurisditionem exerceant, adeoque ad instantiam unius partis, quæ suis in sumptibus postulet, auctor est *Busf. ad l. 2. de offic. procons. n. 3.*

12. Qui jurisditionem de loco ad locum recte prorogari statuunt argumentum sumunt a prorogatione de tempore ad tempus, quasi extra controversiam positum esset,

esset, quod illi supponunt, de tempore ad tempus jurisdictionem prorogari posse. Nos vero nec hujusmodi speciem veteribus cognitam aut usurpatam credimus. Proferunt illi ad sententiæ suæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de judic.* At nego textum istum ad ullam prorogandæ jurisdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Jurisconsultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non jurisdictionem. *l. 5. ff. de re judic.* jussus est litem sibi commissam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis est, ut eorundem expressio consensu etiam prorogari possit, utique si & ipse judex ad tempus datus consentiat: utrumque enim in hac specie prorogationis desideratur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipse judex sine consensu suo a privatis oneretur munere judicandi: in ea autem, quæ de persona ad personam dicitur, id necesse non est. Atque ita quoque hunc locum acceperunt *Marant. p. 4. dist. 12. Bald. in l. 7. C. de episc. audient. n. 8. Castrenf. in d. l. 2. §. 2. n. 6. add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum a populo aut principe accepit, consensu partium jurisdictionem prorogari posse, ita ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus. 39. ff. de solut.* nemo tamen tam infans est in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcumque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & in specie proposita temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perspicuum est, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum usum esse extra speciem, quæ proponitur in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.*

CAPUT. XI.

De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.

SUMMARIUM.

1. In prorogatione de re ad rem necesse esse, ut causæ sunt ejusdem naturæ.
2. Quando procedat prorogatio, si de aliis causis pecuniariis judex aditus sit, quam quibus præfatus est. § n. 3.
4. Forma prorogationis de persona ad personam.
5. Quomodo quo effectu se quis subjiciat jurisdictioni alicujus. § n. 10.
6. Quando per prorogationem expressam jurisdictio fundata intelligatur, ubi declarantur *l. 22. § 5. ff. sol. matr. & l. 4. C. hoc tit.*
7. Quando tacite jurisdictio prorogata censeatur.
8. Et an opposita exceptione dilatoria.
9. Non consentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus prætura compulsi.
11. Quid in personis ecclesiasticis & studiosis: ubi & jus harum regionum.
12. Effectus jurisdictionis prorogata.

R

Igitur

IGITUR duabus prioribus jurisdictionis prorogandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, supersunt duæ posteriores, quarum altera de re ad rem sive de causa ad causam, altera de persona ad personam interpretibus nostris dicitur: atque utriusque hujus speciei etiam apud veteres usus fuit. Possesse jurisdictionem de re ad rem prorogari constat ex *l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic. l. inter convenientes. 28. ff. ad munic.*

1. Cæterum & hæc prorogatio intra terminos suos cohibenda. Et primo necesse est, ut causæ sint ejusdem naturæ, nec genere summo tantum convenient, ut causæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præest, is ex prorogatione de criminalibus cognoscere non potest. *l. 1. C. ubi caus. Fiscal. Sichard. in l. 1. C. hoc tit. n. 8.* neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere. *l. solemus. 61. §. 1. ff. de judic.* Sed nec ejus, cui certarum causarum criminalium cognitio concessa est, audientia ad alias causas, licet ejusdem generis, prorogari potest: quoniam in causis, quæ aliis exercendæ mandari non possunt, nec locus esse potest prorogationi. Doctorum quidem communis sententia est, posse jurisdictionem criminalem prorogari, modo is, de cujus jurisdictione proroganda agitur, habeat jus cognoscendi de crimine, cujus quis reus postulatur, *Gail. c. 10. de pac. publ. n. 10.* at hæc non causæ ad causam, sed de persona ad personam prorogatio est.

2. Illud hic scio quæsitum esse, si de aliis causis pecuniariis, quam quibus præfatus est, judex aditus sit, an semper hoc casu consensu partium prorogetur illius jurisdictionis. Ego interesse arbitror, utrum genere causarum definita sit jurisdictio, an summa aut quantitate: si genere causarum, extra illas causas jurisdictionem prorogatione non extendi. Ut ecce; si prætor tutelarior aut fideicommissarius de aliis causis, quam quæ ad jurisdictionem eorum pertinent, aditi fuerint, nego eos de hujusmodi causis ex consensu partium cognoscere posse; ne sit in potestate privatorum novam alicui jurisdictionem dare. Quod autem legimus posse alium prætorem pro alio, cujus jurisdictio est, adiri, ut in *l. si per errorem. 15. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit.* Id sic accipiendum est, si utriusque jurisdictio sit indefinita, puta si prætor peregrinus aditus sit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Glossa. Neque obstat huic distinctioni *l. 1. C. hoc tit.* Nam & procuratoris fisci generalis est jurisdictio in causis civilibus: quod vero hæcenus ea restricta est, ut tantum privatos inter & fiscum procurator cognoscat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæc formæ prorogationis ad eam, quæ de persona ad personam vulgo appellatur. Atque hanc etiam arbitror esse sententiam plerorumque interpretum, *Gloss. in d. l. inter convenientes. 28. ad munic. Panorm. in c. P. & G. de offic. & pot. jud. del. Jas. in d. l. si per errorem. hoc tit. col. 1. Costal. in l. solemus. 61. §. 1. ff. de judic. Sichard. in l. 1. C. hoc tit. n. 8.* qui omnes definiunt, prorogationem fieri non posse in rebus diversi generis, & exempli gratia, non posse judicis, cui de controversiis certarum mercium cognitio data est, jurisdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3. Quod si summa aut quantitate definita sit alicujus jurisdictio, hic prorogationem admittimus, propter connexionem & affinitatem, quia fit in eodem genere: quanquam ex hac prorogatione jus de majori summa cognoscendi consequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoscit. *l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic. l. 28. ad munic.* Quamvis igitur, ut ex *Quintil. lib. 3. c. 6.* discimus, fideicommissorum Jurisdictio

dictio ita partita fuit, ut prætor fideicommissarius usque ad certam summam de his cognosceret, de majore summa consules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani in *fragm. tit. 25. §. 10.* tamen hic ex consensu partium prætori jurisdictio prorogari, & de summa etiam prætoriam cognitionem majorem adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d. l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic.* agi de simplice & pedaneo judice, sicut in *d. l. 2. §. 2. ff. eod. tit.* sed falso. Nam judici pedaneo unus aliquis actus tantummodo committi solet, præscripta certa formula & reservata danti potestate exequendi. At in *d. l. de qua re. §. 1.* agitur de judice, qui simul jurisditionem aliquam habet; quippe qui constitutus sit non ad unam aliquam causam, ut in *d. l. 2. §. 2. de judic.* sed generaliter ad causas omnes, cæterum usque ad certam summam. *fac. l. 28. ad munic.*

4. Superest est species prorogationis notissima atque usitatissima de persona ad personam, de qua tractatur in *l. si per errorem. 15. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. l. 1. l. 2. pr. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. hoc tit.* atque ad hanc fere solum pertinet distinctio prorogationis in expressam & tacitam, quæ in hac disputatione maxime principalis est. Si id quod brevi definitione complexus est Ulpianus *l. 1. ff. de judic.* paulo latius explicaverimus, poterit res tota facile percipi. Ait, *Si se subijciant aliqui jurisditioni & consentiant, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisditionem habet, est jurisdictio.*

5. Subjicit quis se jurisditioni alicujus vel expresse, vel tacite, id est, vel aperta conventionione, vel re ipsa & facto. Conventio hæc aut nuda est & simplex aut justa & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare, prius quam is adeatur, impune potest: nempe ubi de proroganda jurisditione judicis incompetentis & de pacifcente obligando agitur, breviter, si convenerit, ut alterius jurisditionem subeat. *d. l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. junct. l. 7. §. 4. ff. de pact.* Quando autem pacifcendo non id egit, ut se alterius jurisditioni subjeceret, sed ne fori præscriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione servari potest. *l. pen. C. de pact. & ibi Donell. n. 4.* Justa autem & legitima conventio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non potest. Non utique, quod is, qui id justa conventionione caverit, districte cogatur judicis, cujus se jurisditioni subjecit, audientiam sequi: sed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod interest adversarii, aut poena subiecta adversus eum committatur, ut tenent omnes *DD. in d. l. si convenerit. 18. hoc tit. teste Zas. ibid. n. 13.* Hodie autem hæc conventionum distinctio supervacua est, cum etiam nudo ex pacto actio nunc nascatur, juxta scita juris Canonici *c. 2. & c. 3. x. de pact.*

6. Enimvero si ex conventionione litigatores etiam prætorem adierint, isque partes suas interponere cœperit, tunc ex ratione juris nostri jurisdictio prorogata intelligitur, etiam si lis nondum contestata sit. *d. l. si convenerit. ff. hoc tit. Vult. ad l. 1. C. hoc tit. n. 152. Bachov. de jurisd. prorog. n. 12.* Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis contestationem requirunt, arg. *l. si cum dotem. 22. §. 5. ff. solut. matrim. & l. 4. C. hoc tit.* sed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d. l. 22. §. 5. sol. matrim.* quæritur, quo tempore filia patri dotem repetenti consentire debeat, & respondet jurisconsultus, quo lis contestatur: si vero ante dixerit se patri consentire,

R 2

& prius

& prius quam lis contestetur, mutaverit voluntatem, frustra partem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum contestata jurisdictionem fundari per prorogationem expressam: hoc enim nihil commune habet cum isto. Et si procedere velimus argumentationem, ponendus esset casus, quo filia in iure patri consensisset. Adde quod per consensum filiae inducatur quædam actionis cessio, & junge l. 3. C. de novat. Alter autem locus, nempe l. 4. C. hoc tit. intelligendus est de prorogatione tacita; expressa vero ut plus tribuatur, ratio suadet: durumque omnino est d. l. si convenerit. ff. hoc tit. accipi de litis contestatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in iure apud prætorem expediebantur.

7. Re ipsa & facto se quis subijcit jurisdictioni alicujus, si ad non suum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id est, actionem suscepit, sive litem contestatus est, omissa fori præscriptione. l. sed & si. 52. ff. de judic. l. 4. C. hoc tit. Cæterum ante litis contestationem si reus quid dixerit aut fecerit, verbi causa, si desideraverit sibi edi genus actionis, non videtur in judicem consensisse. l. non videtur. 33. ff. de judic. Nemo enim editionem actionis postulat, ut neget, quod intenditur; sed ut cognoscat, qua actione conveniatur, eoque cognito secum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere sibi magis expediat. l. 1. ff. de edend. Joan. & Azo in l. 1. ff. de judic. Zasius ad l. si convenerit. 18. n. 3. & 4. hoc tit. Itaque duæ res hic reum jurisdictioni subijciunt, susceptio judicii quasi ex contractu, arg. l. 3. §. idem scribit. 11. ff. de pecul. deinde fori præscriptionis initio litis opponendæ omisio, l. ult. C. de except. aut verius sola litis contestatio.

8. Interpretes nostri etiam exceptione dilatoria opposita jurisdictionem tacite prorogari consent, quasi & hoc modo lis contestetur & ideo suadent, ut reus comparens si hujusmodi exceptionem proponere velit, utatur protestatione de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus jure teneatur. Zas. in d. l. 18. num. 29. Salic. in l. 1. C. hoc tit. n. 4. Sich. ibid. n. 7. Myns. 4. obs. 27. Gail. 1. obs. 33. n. 11. &c. verum hoc non esse juris nostri civilis rationi consentaneum bene ostendit Bachov. de jurisd. prorog. n. 13. utut forte in praxi observatur.

9. Ait Ulpianus in d. l. 1. ff. de judic. & consentiant, in consentientes &c. nam si quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus jurisdictionem esse, cujus non erat, aut viribus præturæ compulsus admiserit, non valebit, quod actum est. l. si per errorem. ff. hoc tit. l. 2. pr. ff. de judic. Plane non aliorum, hic consensum requirimus, quam ipsorum litigatorum, ac ne judicis quidem aditi, d. l. 2. §. 6. quod latius expositum supra est, ut & reliqua definitionis propositæ.

10. In summa sive exterius quis, sive miles, sive paganus, sive studiosi, sive personæ ecclesiasticæ alterius judicis, quam ad cujus jurisdictionem pertinebant, audientiam ultro secuti fuerint, in consentientes cujusvis judicis est jurisdictio, d. l. 1. ff. de judic. l. 1. C. hoc tit. l. pen. C. de pact. dummodo jus dicat in suo territorio, & causæ, de quibus aditus est ad jurisdictionem ejus pertineant.

11. Ecclesiasticis quidem personis proprii judices attributi posteriorum imperatorum constitutionibus. l. placet. 17. C. de episc. & cleric. auth. statuimus. C. de episc. audient. uti & studiosis. auth. habita. C. ne fil. pro patr. sed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius jurisdictioni ultro se subijciant, & privilegio suo renuntient, nihil est impedimento. d. l. pen. C. de pact. Jus autem Canonicum ecclesiasticos

juris-

jurisdictioni magistratus politici penitus exemit. *c. significasti. c. si diligenti. x. de for. competent.* sed hoc in ditionibus confœderati Belgii non observatur. Imo nec jure civili Justiniano episcopi jurisdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, sed audientiam duntaxat, id est, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in causa religionis negotiove ecclesiastico, non in alios vel aliis in causis, nisi inter consentientes, ut patet ex *Novell. Valentin. de episcop. judic. § lib. 1. Cod. Justin. tit. 4.* qui ob id non de *episcopali jurisdictione*, sed de *episcopali audientia* inscriptus est. *Cujac. parat. C. eod. § plenius clariss. D. Theod. Granswink. lib. de jur. majest. c. 5.* Dixerim autem studiosum aliaque membra Academiæ nostræ Leidensis non posse prorogare jurisdictionem magistratus urbani, propterea quod jurisdictioni Rectoris & allectorum privative subjiciuntur. *Art. 39. statut. Academ. Leidens.*

12. Effectus jurisdictionis prorogatæ hic est, ut tantum judex electus juris in consentientes habeat, quantum haberet, si jure ordinario ad jurisdictionem ejus pertinerent. Nam prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ & conditionis, cujus est ordinaria. Quamobrem si a judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisdictione: si mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata. *Vasq. 2. controuv. us. freq. 14. n. 25.*

CAPUT XII.

Quibus modis jurisdictio finiatur.

SUMMARIUM.

1. Quando prorogata jurisdictio finiatur.
2. Quibus modis finiatur mandata.
3. Quando res a delegato geri cœpta dicatur.
4. Quid juris si universa jurisdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.
5. Revocatione quoque finiri jurisdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis contestata.
6. Mandata ad certum tempus aut causam quando solvantur.
7. Quibus modis extinguatur jurisdictio propria.
8. An præscriptione amittatur aut acquiratur jurisdictio.
9. An pro tuenda jurisdictione magistratui competat utilis actio confessoria aut negatoria.

1. **P**ROROGATA jurisdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur soluta jurisdictione ejus, cujus prorogata erat, sive ea propria fuerit, sive mandata. *per l. 6. ff. hoc tit. l. 3. C. eod. l. 1. ff. de judic.*

2. Mandata iisdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evanescit. Et morte quidem ejus, cui mandata est, finiri eam constat, cum & propria seu ordinaria jurisdictio una cum persona magistratus extinguatur: Cæterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum est in *l. 6. ff. hoc tit.* nec est contrarium, quod

quod ex sententia Scævola apud Paulum relatum est in *l. venditor. 49. §. 1. ff. de judic.* iudices a praeside datos etiam in tempus successorum ejus durare: nam alia iudicum datorum ratio est; quoniam cum illi velut ab ipso officio constituentur, exigente id usitato more iudiciorum, notio eorum quasi propria erat: & inde quoque est, quod a sententiis eorum ipsi magistratus qui eos dedissent appellabantur. *l. ult. quis a quo app.* cum a sententia ejus, cui mandata erat jurisdictio, alius provocaretur, quam qui mandasset, *d. l. 1. §. 1.*

3. Una hic exceptio, si ante mortem mandantis jam res geri coepta sit. *d. l. 6. hoc tit.* quod plerique sic acceperunt, si is, cui mandata erat jurisdictio, a partibus aditus fuerit, aut si jam praecesserit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti insinuata. *Zaf. in l. 6. hoc tit. n. 57. & seqq. post Bart. ibid. n. 13. Bald. n. 5. & 6. Faf. col. 11. per c. gratum. 20. de offic. deleg. Gail. 1. obs. 74. n. 19.* Atque hoc etiam puto satis defendi posse ex ratione juris nostri, arg. *l. si convenerit. 18. ff. hoc tit. l. 7. ff. de judic.* licet alii tunc demum rem geri coeptam interpretentur, cum lis est contestata. *Cyn. in d. l. 5. n. 18.*

4. Sed quid si universa jurisdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua causa negotium geri coeptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam in ceteris nondum excreceri coeptis post mortem delegantis durare jurisditionem delegati, ut novas causas audire adhuc possit, sed in illa duntaxat una, quam gerere coepit. *add. Zaf. in d. l. 5. hoc tit. n. 63.*

5. Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata jurisdictio, per *§. item si. 10. inst. de mand. & fac. arg. in l. 6. §. 1. ff. de offic. proconsul.* ubi tanquam speciale notatur, quod proconsul non nisi consulto Principe jurisditionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam postquam res geri coepta est, adeoque post litem quoque contestatam posse mandatam jurisditionem revocari existimo idque vel ab eo ipso, qui mandavit, vel a successore ejus, quippe cum nullum hic aut delegati aut partium versetur praedictum: in quo delegatio jurisditionis dissimilis est mandato procuratorio, ut bene observavit *Zaf. in l. 5. n. 55. hoc tit.* nec simpliciter ergo procedit argumentatio ex *l. 6. eod.* a procuratore ad delegatum jurisditionis.

6. Denique si ad certum tempus alicui mandata sit jurisdictio, solo temporis lapsu extinguatur, sicut ea, quae ad certam causam delegata est, expirat fine negotio imposito. *Bocer. c. 6. n. 62.*

7. Propria jurisdictio seu ordinaria magistratus potestas tunc solvitur, cum magistratus officium deposuit vel successorem accepit, aut ipse mortuus est: morte autem Principis non finitur. *arg. l. 6. ff. hoc tit. Bodin. 3. de repub. 2.* Et quia ordinariae similis est ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis solvi recte statuunt interpretes, sicut nec merum imperium, quod specialiter a Principe concedi solebat, per ea, quae supra *cap. 4.* Patrimonialis autem jurisdictio etiam ad heredes transit; sed talem nudi magistratus non habent.

8. Quæsitum est, an & praescriptione amittatur jurisdictio: sed hujus quaestionis decisio pendet ab alia, nempe an jurisdictio praescriptione possit acquiri: prius enim est, ut ita acquiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo statuunt jurisditionem non tantum dari posse ab iis, penes quos est summa in repub. pote-

potestas : verum etiam acquiri eam posse præscriptione longissimi temporis , nimirum triginta aut quadraginta annorum. Cæterum hæc sententia cautione indiget, & non una distinctione. Nam primum removendæ hinc sunt personæ privatae, quippe quæ jurisdictionem usurpantes in gravissimum incidunt crimen. Deinde & inter personas eorum distinguendum est, qui magistratum gerunt : Etenim qui simplex est & nudus magistratus, nihil hic sibi præscriptione quærere potest ; sed tantum ratione officii, scilicet ut id latius extendatur, & huic quasi acquiratur. Ut ecce, si præfectus aliquis extra fines territorii sui aliquamdiu jus dixerit sine cujusquam impedimento, acquiritur ipsi præfecturæ latior jurisdictio. At enim hæc acquisitio non magni momenti est, cum Princeps pro arbitrio suo veteres jurisdictionis terminos possit restituere. Itaque quæstio hæc ad toparchas fere solum pertinet, id est, ad magistratus, qui simul sunt quasi domini territorii, qui jus perpetuum & transmissibile, seu jurisdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi sane jurisdictionem suam vi præscriptionis amittere, uti & proferre atque extendere possunt ; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi. *Jas. in l. 3. ff. hoc tit. col. 9. & 10. Muscorn. de jurisd. n. 127. Balb. part. 2. de præscr. quæst. 12.* Atque his terminis positis poterit & conventionibus acquiri atque amitti jurisdictio, ut sæpe videmus castra pagos integros permutari ac vendi.

9. Atque secundum hos eosdem terminos, ubi scilicet jurisdictio patrimonialis est, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda jurisdictione competere magistratui actionem confessoriam & negatoriam, utilem nempe seu quasi, *Jo. Fab. Plat. Jas. Schneid. in §. æque. 2. Inst. de act. Wesemb. par. hic n. 13.* Cæterum ratione juris nostri si magistratus aliquis turbetur in exercenda jurisdictione sua, pro defendenda ea actionem non habet : sed si ipse se tueri non potest, Principem adire, remque ad eum referre debet, ut recte *Bachov. ad hunc tit. c. de de effect. jurisd.*

T R A C T A T U S
D E
COLLATIONIBUS, ACADEMICO FORENSIS.

Viro Amplissimo & Consulari,

D. SIMONI A BAERSDORP J. C.

S. P. D.

ARNOLDUS VINNIUS.

Anni jam quatuor sunt, & quod excurrit, Vir Amplissime, ex quo libros Digestorum, seu Pandectarum juris civilis interpretari ex auctoritate publica cæpi. Horum autem librorum interpretationem cum per Dei gratiam commodum ante majores hujus anni ferias absolvissem, otium nactus summam colligere institui eorum, quæ interea temporis commentando in varios juris Justinianici locos observaveram: idque eo animo, ut etiam in apertum proferrem ac publicarem, si quid in his a me repertum esset, cujus promulgatione nostra foret opinio haud vulgariter adjutum iri commoda studiosa legum juvenutis: quippe quæ modis omnibus adaugere summa ope, & nitor & semper nixus sum. Excerpti autem in præsentia ex bono cumulo id argumentum, quod est de collatione bonorum, genere quodam contributionis faciendæ inter liberos, qui ad communis parentis demortui successionem simul admitti desiderant. Etenim id argumenti genus, præterquam quod est cognitu longe utilissimum, & accuratius, quam pleraque alia, tractasse mihi visus sum, & ab aliis ex professo tractatum non memini, nisi a Vitale Nemausensi & Johanne Saporita; ab illo prolixius & rudius, ab hoc brevius & eruditius; a neutro tamen ita, quin in scriptis eorum multa adhuc desideres, quæ ad perfectam rei utilissima cognitionem sunt necessaria: ut proinde non tam aliis præripuisse scribendi occasionem, quam præbuisse videantur. Accedebat etiam hoc, quod cum hodie difficilis admodum istorum auctorum paratio sit, nonnulli adolescentes honesti & philomatheis, quibus ob id nostra utenda concesseram, enixe atque instanter a me petierunt, ut consilium propositumque meum de iisdem evulgandis maturarem. Itaque ut testatam facerem singularem meam voluntatem adjuvanda promovendaque studiosa juris civilis Romanorum juventutis, cum in hoc nostro quasi armistitio ea, quæ in argumentum, quod memoravi, superioribus annis meditatus eram, diligenter & relegissem & interpolassem, vulgari quoque eadem atque in publicum prodire jussi, additis, quo paulo speciosiora apparerent, summariis, indice, & syllogis allegationum interpretum, quæ veterum, quæ recentiorum. Fecit autem veteris nostra necessitudinis & tua in me benevolentia recordatio, ut hac qualiacunque sunt, tibi Vir Amplissime, dicanda & offerenda duxerim; & vel eo magis, quia, ut ipse ex te intellexi, animus tibi est communia nostra studia, quibus serio vacare aliquamdiu integrum tibi non fuit, nunc posita ad tempus administratione rei publicæ, bona fide recolere, & eorum quoque, quæ antea a nobis edita sunt, lectione te oblectari. Confido, quæ tua est humanitas, fore, ut ne hanc qualem qualem voluntatis erga te nostra significationem asperneris, atque ut gratum tibi sit, quod proficiat

Bene vale, Leida, No-
nis Septemb. 1644

atui observantissimo

ARNOLDO VINNIO.

TRACTATUS

137

TRACTATUS
DE
COLLATIONIBUS.

CAPUT I.

De significatione hujus dictionis collatio.

SUMMARIUM.

1. *Varia vocis collatio significata.*
2. *Operis adumbratio.*

1. **C**OLLATIO vox est variae significationis. Interdum idem significat, quod comparatio *συμβολή*: interdum idem, quod *συμβολή*, *collecta*, *ἔργον*, sive contributio *erantistica* aut *symposiaca*. Frequenter etiam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniae ad opus publicum, vel ad communem reipublicae aut Principis usum, quae Græcis *ἐξφορὰ*: item pro assignatione beneficii ecclesiastici vacantis, ut in jure Canonico: nonnunquam etiam aliis modis accipitur, sicut & verbum *conferre*; cujus etiam latior usus est, quam verbalis, ut videre est apud lexicographos. Cæterum varietas ista ex adjuncto facile discerni poterit. In proposito autem collatio est privatae quoddam contributionis genus faciendae inter liberos, qui simul admitti ad communis parentis successionem desiderant. Græce redditur *συνηφορὰ*, quod a verbo *συνηφέρειν* deductum est, quo etiam passim Græci in hac materia utuntur.

2. Hoc jus de bonorum collatione a prætore primum introductum est ex summa æquitate: postea vero mirifice auctum constitutionibus Imperatorum, & subinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri posset, æqualitas inter liberos conservaretur. Igitur ut distincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progressus obiter indicabimus, deinde singula, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

CAPUT II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut restricta.

SUMMARIUM.

1. *Quam ob causam necessitas collationis primum introducta. § n. 2. § 3.*
4. *Filiosfam. ex edicto nihil contulisse.*

S

5. *Filiisfam.*

5. *Filiam. dotem conferebat ex rescripto D. Pii, & quare.*
6. *Productio hujus juris ad donationem propter nuptias & successionem matris.*
7. *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & avia succedentes.*
8. *Ad successionem ex testamento.*
9. *Ejusdem juris restrictio.*

Qua parte edicti prætor proposuit liberis emancipatis præteritis bonorum possessionem contra tabulas patris, ut bonorum possessione impetrata patri succederent etiam cum fratribus suis heredibus, seu qui in potestate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant; eadem parte edicti prætor emancipatos cum suis heredibus succedentes vocat ad collationem bonorum, id est, jubet bona sua fratribus in potestate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab intestato vocat una cum fratribus suis heredibus ad successionem patris data bonorum possessione *unde liberi. l. 1. ff. hoc tit. l. filium. 20. §. 1. de bon. poss. cont. tab. l. si emancipati. 9. C. hoc tit.*

1. Est autem hoc jus de collatione a prætore introductum minuendæ ejus injuriæ gratia quæ admissis emancipatis ad bonorum possessionem contra tabulas aut *unde liberi*, fratribus eorum, suis heredibus fieri videbatur. Nam cum sui heredes soli jure civili heredes patri existant, exclusis liberis emancipatis. §. *emancipati. 9. Inst. de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cæpti prius dominii continuatio, quam novæ cujusdam & alienæ hereditatis acquisitio in suis heredibus intelligatur. §. 3. *inst. d. t. l. in suis. 11. de lib. & post.* si una cum illis admittantur emancipati, quos constat e familia exire, & extraneos nobis fieri, necesse est, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, sed etiam bona propria suorum heredum, cum patris quæ sunt, suorum heredum sint, & contra.

2. Adhæc cum liberi emancipati omnia sibi, sui autem, solo peculio castrensi & quasi castrensi excepto, omnia patri olim acquirerent, necesse erat & aliam hic enasci, suisque heredibus inferri injuriam, si emancipati bona quæ sita sibi præcipua haberent, & tamen simul cum fratribus in potestate retentis ad successionem patris admitterentur.

3. Utique huic injuriæ occursum est remedio collationis bonorum, videlicet si emancipati ad successionem patris una cum fratribus suis heredibus venire cupientes, bona sua, quæ si in potestate mansissent, patri fuissent quæ sita, fratribus istis conferrent. Æquissimum est, ait Ulpianus, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna. *l. 1. ff. hoc tit.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum esse apparet, qui jure civili soli sui heredes existunt: tum etiam, quia illorum bonorum jam pars sunt, quæ per filiosfam. patr sunt quæ sita.

4. Secundum formam edicti filiifam. nihil conferebant de suo, non peculium castrense aut quasi castrense: sed in eo nullo commodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipsi ea, quæ per occasionem militiæ, sive armatæ sive togatæ, sibi acquisiverant, conferre tenebantur. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam *peculii* nomen non cadit in eos, qui sui juris sunt. *l. paterfam. 182. de verb. sign. l. ult. in fin. C. de inoff. testam.* Peculium igitur illic *quæ sita* dictum est, quod peculium esset, si filius in potestate mansisset.

5. Sed

5. Sed nec filiam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat, quamvis dos e bonis patris exire & proprium filiam. patrimonium esse intelligatur. *l. 4. ff. hoc tit. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam. 5. ff. de minor. l. 14. pr. ff. ad leg. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hereditate patris non inveniri, & tamen emancipata cum cæteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum non nihil iniquitatis haberet, placuit postea sola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera sibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum constitutum videtur, per *l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris soli emancipati ad collationem vocantur. *l. 1. pr. ff. hoc tit.* Antonius Faber in *Codice suo b. t. defn. 4.* Leoni hoc tribuit, sed male.

6. Exemplo vero dotis a Leone producta postea est collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita. *l. quoniam. 29. C. de inoff. testam. l. ut liberis. 17. C. de collat.* Item Imperator longius progressus etiam in successione matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex sola consideratione æqualitatis. *d. l. ut liberis. C. b. t.*

7. Sed & generaliter constitutum est, ut quoties descendentes alicui ex adscendentibus succedunt, huic juri esset locus: utque non tantum filius aut filia defuncti sibi invicem, sed etiam nepotibus & neptibus secum avo succedentibus conferrent, & hi vicissim illis, scilicet patruis & avunculis suis, haud secus ac juris fuisset, si parentes eorum, quos repræsentant, adhuc essent superslites. *l. illam. 19. C. hoc tit.*

8. Tandem Justinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos servandam, & quo major esset occasio amoris & concordie, etiam ad successionem ex testamento jura collationum produxit, omnique casu, quo collationem ab intestato fieri jam antea necesse erat, eam etiam inter succedentes ex testamento fieri voluit, nisi expresse remissa sit aut vetita. *Nov. 18. c. 6. unde auth. ex testamento. C. hoc tit.*

9. Rursus ex contrario jus collationis subinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Constantinus & insequentibus Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, procul dubio liberi emancipati ad collationem ejusdem generis bonorum desierunt teneri, cessante scilicet ratione collationis inductiva: nam etsi in potestate mansissent, tamen bonorum istorum proprietatem non patri, sed sibi quævisissent; ut proinde concurrentes cum liberis in potestate constitutis, quo ad ista bona nullo eos incommodo afficiant.

Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem solam, Justinianus in universum adventitia exemit collationi, eamque restrinxit ad sola profectitia. *l. ult. C. hoc tit.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc aditu patefacto, tutius jam & sine offensa progrediemur. Et age igitur, singula porro, quæ in hoc argumento cognitu necessaria occurrunt, pensiculate consideremus.

SUMMARIUM.

1. *Quæstiones principales in hac materia tractanda.*
2. *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam esse ostenditur.*
3. *Nova ab auctore allata & expofita.*

1. **A**D cognitionem juris de collatione constituti, quam hic quærimus, sex ferme sunt accommodatæ quæstiones, quas etiam ordine, sed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima est, in qua quæritur, quid sit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando seu qua in successione. Quarta, quæ bona in collationem veniant sive quid quisque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omiffæ quæ pœna. Sexta & postrema, collationis quis sit finis, quis effectus. Quod si in his explicandis eadem subinde inculcabitur, cogitet lector in crebra juris mutatione id esse necessarium.

2. Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas servetur, & ea servata bona hereditaria inter descendentes seu liberos, qui parenti succedunt, dividantur. *vide Nemauf. tract. de collat. pr. n. 2. Sapiam in l. si emancipati. 9. C. hoc tit. Fernand. Vafq. de success. resol. lib. 2. §. 19. n. 1. & 7. seqq. Sapor. tract. de collat. n. 11.* Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non potest, & omnino vitiosa est, sive ad veteris sive ad novi juris normam exigatur. Nam etsi verum est, jure veteri non nisi propria bona in collationem venisse; quippe quo jure soli liberi emancipati conferebant: tamen non est verum de toto, de omni & semper, quod lex veritatis, quæ *πῶτερος* dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in castris aut toga sibi acquisierant, quæ maxime cujusque propria sunt. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat ista definitio, si ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati suis, sed etiam sui emancipatis, & sibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, sive ea a matre, de cujus successione agitur, profecta sint, sive a patre, & a patre profecta ne novo quidem jure filiisfam. acquirantur, sed parentum, quorum in potestate sunt, propria mancant. *§. 1. Inst. per quas pers. cuique acq.* Hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab illa lege, quam dixi universalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane si proprietatem verbi spectamus, ea sola proprie conferri dicuntur, quæ nostra sunt, aut utique quodammodo nostra, ut dos & donatio propter nuptias a patre profecta. Cæterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi causa, in peculium a patre accepimus, nimirum ratione possessionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, atque in hereditate ejus reperta dividantur. *l. filia. 12. C. hoc tit.*

Colla-

Collatio inquam *κνσς* rerum est propriarum, non hereditiarum: sed tamen in his etiam posterior ætas verbo collationis usa est, ut significaret carum, omiſſa quali quali poſſeſſione, in commune reſtitutionem, collationem ſc. opponens ei, quod alias præcipuum retinetur. *l. pen. § ult. C. hoc tit.* Sic in *l. certum. 13. C. ſam. er- ciſe.* dicitur liberorum peculia poſt mortem patris ad communionem eſſe revocanda, id eſt, conferenda: Græci *συνηλπίστου*, conferuntur; reſpectu videlicet uſus & juris adminiſtrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene *Joan. Saporita tract. de collat. n. 77. § 2. ſeqq.*

3. Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio eſt contributio earum rerum, quas de bonis ſuis parens, de cujus hereditate agitur, liberis ſuis, ut liberis, in vita ſua conceſſit, obve cauſam donavit, aut alias ea lege, ut conferrentur. Ajo de bonis ſuis, ut excludam adventitia, id eſt; quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, ſed aliunde liberis obveniunt; hæc enim novo jure collationi non ſunt obnoxia. *l. ult. C. hoc tit.* & maxime caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, quæ ſemper a lege collationis immunita fuerunt. *l. 1. §. nec caſtrenſe. 15. ff. eod. l. 12. C. eod.* Cum dico in vita ſua, excludo legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes, quæ demum poſt mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt. *l. 10. l. 15. § 1. ſeq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hinc ea, quæ liberi, non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt; veluti ſi pater filium propter bene merita remuneratus ſit: hoc enim caſu videtur filius meruiſſe donationem, non ut filius, ſed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere, facit *l. a patre. 10. C. hoc tit.* ibi *extero jure capiens*. Sed de hoc pluſcula inferius.

Per verba *ob cauſam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi a parentibus accipiunt, ut ſe exhibere, negotiationem aut artem aliquam &c. exercere poſſint. Itaque excludimus hic donationem ſimplicem, extra quam ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias; tunc enim naturam induit donationis ob cauſam. *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* Illis verbis, *aut alias ea lege*, &c. innuo etiam ſimplicem donationem conferri, ſed ita demum, ſi ea lex donationi expreſſe dicta fuerit. *d. l. pen. §. 1.*

CAPUT IV.

Inter quos locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. Ex edicto ſolos liberos emancipatos ad collationem vocari.
2. Ei ſoli emancipatum conferre, cui & aliquid auferit.
3. Ex ſententia edicti quo caſu emancipatus ad collationem vocetur.
4. Sententia *l. 6. ff. de dot. collat.*
5. Emancipatos ex edicto ſibi invicem non conferre.
6. Explicatio *l. 1. §. ſi ſit filius. ff. hoc tit.*
7. Hotomannus & Bachovius notati.
8. Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt.

9. Nec emancipati ex testamento hereditatem obtinentes suis heredibus.
10. Collationi locum fuisse etiam si liberi ex capite unde liberi exclusi, ex sequentibus admitterentur.
11. Confutatio sententiæ contrariæ.
12. An liberi, qui sunt in adoptiva familia conferant fratribus naturalibus.
13. Explicatur l. 1. §. is quoque. ff. hoc tit.

1. **SUCCEDIT** nunc secunda quæstio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur soli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut nullo testamento facto simpliciter ex capite unde liberi ab intestato succedunt una cum fratribus suis, qui in potestate patria manserunt. l. 1. pr. §. 5. ff. hoc tit. l. si emancipati. 9. C. eod. l. filium quem. 20 §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.

2. Ei autem suo emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex causa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex se suscepto & retento in potestate confert, non fratri: si non sit nepos, confert fratri. l. 1. §. 13. ff. de conjung. cum emanc. lib. vel si sit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepote ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in potestate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri soli confert, non patruo: si non sit frater, soli patruo, non patruo magno: si non sit patruus, patruo majori, id est, filio; quæ species est d. l. 1. §. ult.

3. Et quidem secundum verba edicti non aliter emancipati præteriti ad collationem urgeri videntur, quam si filii in potestate retenti heredes instituti, & ipsi contra tabulas bonorum possessionem petant, non si ea omissa ex testamento hereditatem amplectantur: sed ex sententia edicti etiam hoc casu conferendum iis esse Scævola respondit: quoniam pro parte sua bonorum possessionem petere potuissent; & utique injuriam per bonorum possessionem emancipatis datam patiuntur. l. si filius. 10. ff. hoc tit.

4. Non obstat huic responso Scævolæ l. 6. ff. de dot. coll. nam longe diversa species in d. l. 6. a Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres institutus est, & filia in potestate existens, exheredata, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; quo casu ideo collationi locus non est, quia soror injuria a prætore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scævolam in d. l. 10. hoc tit. refertur casus, quo filius *καὶ υἱὸς* heres est institutus præterito emancipato; atque hoc casu ex æquitate inducitur collatio. An circa hos casus mutatio aliqua facta sit jure *καὶ υἱὸς*, dicemus postea.

5. Hinc jam elicimus hæc consuetudina. Primum est, quod emancipati sibi invicem ex edicto nihil conferant, deficiente videlicet causa, propter quam collatio a prætore introducta est: nam cum pari jure omnes ad bonorum possessionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit. l. 1. §. totiens. 5. l. 2. §. si tres. 5. ff. hoc tit. l. 9. C. eod. aliis autem non confertur, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt. l. 1. §. emancipatus. 13. de conjung. cum emanc. lib.

6. Sed objicitur huic sententiæ l. 1. §. si sit filius. 16. d. tit. Tractatur illic hæc ab Ulpiano quæstio: Tres erant fratres, unus emancipatus, duo in potestate retenti, quorum

quorum alter duobus relictis filiis, uno in potestate avi, altero emancipato vita excessit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio prætoris utitur, ut sibi ex hereditate patris partem ferre liceat. quæritur quemadmodum bona sua, quæ ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Respondet Ulpianus ex sententia Scævola, tres eum partes facere oportere, & superstiti filio trientem dare, sibi alterum retinere, nepotibus tertium conferre: quoniam nepotes in filiorum gradum succedentes, etiam in hac collationis causa eodem jure uti debent. *l. 1. §. si pater. 4. d. tit. l. 2. §. si duo. 7. ff. hoc tit.* Dicet hic aliquis, si emancipatus emancipato non confert, soli nepoti in potestate retento conferri totum illum trientem oportere. Hæc objectio etsi Cujacio *lib. 3. obs. 29.* gravissima visa est, mihi tamen non videtur adeo magni momenti; quia collatio illa non fiet simul & conjunctim ambobus nepotibus, sed ei uni duntaxat, qui in potestate avi manserat: emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei partem auferet; atque ita non directo, sed per interpositam fratris personam sextantem ex patruj emancipati bonis consequetur: quoniam frater in potestate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur. *l. 1. §. emancipatus. 13. ff. de conjung. cum emanc. lib. & simile quid accidit in specie l. 5. pr. ff. hoc tit. Sapor. d. tract. n. 50. & seqq. Suerin. 1. repet. lect. c. 46. Hotom. 9. obs. 8. Bachov. ad Treutl. disp. de collat. thes. 3.*

7. Cæterum Hotomannus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falsum est, aut non intelligo, quid sibi velint, nimirum per personam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona sua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per consequentiam, propter nepotem in potestate, cui ipse patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in potestate retento, siue ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut si concurrit, non inferat injuriam aut necessitate conferendi non tenetur? ne ipsos, quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile est. *arg. d. l. 1. §. emancipatus. 13. de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos sensisse, ipsum nepotem emancipatum, si liberos non habeat in potestate proavi retentos, fratri suo in potestatem conferre debere, cui alias non conferret de quo in *pr. hujus capituli* dictum est.

8. Secundum consuetarium est; suos neque invicem sibi, neque emancipatis ex edicto conferre; quippe cessat & hic ratio collationis, quoniam si patri suo ab intestato succedentes aut inter se aut cum emancipatis, nec sibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes sint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, a quibus potius ipsi injuriam patiuntur. *l. 1. pr. & §. totiens. 5. ff. hoc tit.* Sed nec extra bona castrensia & quasi castrensia, quæ libera sunt ab onere collationis. *d. l. 1. §. nec castrensia. 15. filiisfam.* quicquam de suo conferre poterant, cum cætera omnia parentibus suis, quorum in potestate erant, acquirerent. *Sapor. n. 58.* Quod autem filiasfam. dotem tam suis, quam emancipatis confert, id non ex edicto est, sed ex rescripto D. Pii. *l. 1. de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9. Tertium est; si emancipati scripti sint heredes una cum fratribus suis, & ex testamento hereditatem obtineant, eos bona sua fratribus non conferre. *l. 6. de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. ere. l. 1. l. 7. C. hoc tit.* cessante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc casu fit injuria, neque quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus a patre heres una scriptus est, & directo ex judicio patris succedit.

Ex

Excipiendum est, nisi testator expressim aliud caverit. *d. l. 1. § d. l. 7.* Ad hunc autem locum non pertinet *l. si non moris. 25. ff. de inoff. testam.* quia nos loquimur de emancipato herede scripto: illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficiosi testamenti.

10. Illud quaesitum est, an collationi locus sit, etiam si liberi tempore vel repudiatione exclusi ex primo capite *unde liberi*, ex secundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittuntur: & magis est, ut etiam hic collationi sit locus, ut ecce, duo sunt filii alter in potestate, alter emancipatus: uterque patre intestato mortuo neglexit petere bonorum possessionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore exclusus est. Hic quidem ita jus est, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum possessionem possint, filius in potestate vel ex capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum: quippe absurdum praetori visum non est, eos qui diversas habent qualitates, ex diversis quoque capitibus successive admitti, & ipsos sibi ex hac parte successoria succedere, ita ut in specie proposita primo capite exclusi simul succedant ex alia atque alia parte edicti, & suis *unde legitimi*, emancipatus *unde cognati* petere possint. *l. 1. §. sed videndum. 11. de success. edict. l. 6. §. 2. de carbon. edict. l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Sed quaeritur an hoc quoque casu emancipatus fratri suo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere: ex sententia nimirum edicti, cui toties locus est, quoties aliquo incommodo is, qui in potestate est, afficitur interventu emancipati. *l. 1. §. toties. 5. §. arg. l. si filius. 10. ff. hoc tit.* & alias eludi posset conferendi necessitas. Confirmat hanc sententiam quod praetor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, sed etiam ut liberos considerat. *l. 6. §. 2. ff. de carbon. edict.* estque hujus rei argumentum, quod annum nihilominus spatium habent, non ut ceteri, centum dies. *l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Et cum igitur liberi etiam ex secundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum succedant, ratio nulla dari potest, cur alter alteri, cui injuria fit: conferre non debeat.

11. Hoc fundamento posito, non difficile erit respondere rationibus Baldi, Cagnoli, Alexandri, Riminaldi in *l. si emancipati. 9. C. hoc tit.* & aliorum, ut Nemausensis tract. de collat. c. 2. n. 19. Petri Tholosani lib. 46. Syntagni. c. 8. n. 24. quibus illi moventur in contrarium: veluti cum ita argumentantur; collationi locus non est inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum subeunt, &c. hanc assumptionem falsam esse satis apparet ex iis, quae modo dicta sunt. Nulla lege cautum est, inquiunt, ut inter eos, qui ex secundo aut tertio capite veniunt, conferendi necessitas esset. Inepta ratio, quoniam satis cautum est, ut sit collatio inter liberos: quos jam ostendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum succedere. Perspicue autem lapsus est Alexander in eo, quod putavit collationem esse rem odiosam; tantum enim abest, ut odiosa haberi debeat collatio, ut contra etiam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiae & aequalitatis. Jure recentiori res est plane liquida, *l. ut liberi. 17. illic, quocunque jure intestata successionis. C. hoc tit.* quod etiam Saporta tract. de collat. n. 72. bene observavit: & nostram hanc sententiam, quae etiam communis est, contra Bald. & alios jam olim recte tutati sunt Fulg. & Roman. in *d. l. si emancipati. 9. C. hoc tit. add. Gilken. in d. l. 9. num. 45. & seqq.* Jure novissimo haec disputatio pene supervacua videtur, post-

postquam Nov. 181. c. 1. tres ordines facti succedentium jure civili.

12. Quæritur, an liberi, qui sunt in adoptiva familia, conferant fratribus suis naturalibus. Quæstio hæc videri potest inepta: nam liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, patri naturali sunt extranei, non tantum jure civili, sed etiam honorario: & ideo præteriti, si adhuc in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum possessionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* a prætore vocantur. §. *at hi*. 10. *cum seqq.* *Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* §. *adoptivi*. 4. *Inst. de exher. lib.* Et quomodo ergo his quæstio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt. Et tamen apud Ulpianum l. 1. §. *is quoque*. ff. *hoc tit.* legimus, eum, qui in adoptiva familia est, conferre debere, non quidem ipsum, sed qui eum habet in potestate, si maluerit bonorum possessionem accipere. *add. l.* 12. *de dot. collat.* quod a ratione juris plane alienum esse videtur. Et profecto ita est: sed locum istum Ulpiani restringi oportet ad casum, quo filius adoptivus a patre naturali heres institutus est, præterito alio filio sive suo sive emancipato. Nam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam institutus recte peteret bonorum possessionem *contra tabulas*. l. 3. §. *si quis*. 11. l. *si post*. 10. §. *ult.* ff. *de bon. poss. cont. tab.* quo casu res ad causam intestati redibat, & in terminis de datis in adoptionem idem Ulpianus in l. 8. §. *in adoptionem*. 11. d. tit. scribit eos a prætore non submo- veri, modo heredes instituti sint, eosque accipere bonorum possessionem *contra ta- bulas*, sed solos non committere edictum.

13. Atque hæc explicatio & restrictio confirmatur etiam ex ipsa l. 1. §. *is quoque*. 14. ff. *hoc tit.* ait enim jurisconsultus, si pater adoptivus ante petitam bonorum posses- sionem filium sine fraude emancipaverit, eum ad collationem non cogi: atqui constat filium adoptivum post patris naturalis mortem emancipatum bonorum posses- sionem unde liberi aut *contra tabulas* petere non posse, hæc cum non intelligeret Sa- porta, insigniter erravit, d. tract. n. 60. & seqq. ubi ita disputat, ac si in d. l. 1. §. 14. ageretur de collatione a filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, a quo & ipse adoptatus fuerat. Plane hodie postquam etiam inter institutos collationi lo- cus esse cœpit, in casu proposito non amplius desideratur, ut institutus beneficio præteriti bonorum possessionem *contra tabulas* petat. Apud nos, qui liberos adopti- vos non habemus, hæc quæstio inutilis, ut & in reliquo Belgio, *Grot. I. manu- duct.* 6. *Christin. vol. 4. decis.* 185.

CAPUT V.

An alii præter descendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1. De veteri jure frustra quæri, an inter ascendentes collatio locum habeat.
2. Novo jure quæstionem illam colorem habere posse: sed nec hoc jure collationem isto casu ad- mittendam.
3. Multo minus collationi locum esse inter laterales.
4. Collationem interdum officio judicis induci deficiente remedio juris.

T

15 AN

1. **A**N adscendentes liberis suis succedentes collatione fungantur, de veteri jure frustra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adscendentes simul succedebant. Nam filius quidem in potestate heredem ab intestato habere non poterat, sed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipsa castrensia. l. 2. ff. de castr. pecul. §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq. Emancipato autem liberos non habenti etsi ab intestato pater & mater succedebant, non tamen succedebant simul: sed pater excludebat matrem, sive ut manumissor heres existeret, sive non manumissori competeret bonorum possessio. l. 2. §. obicitur. 15. ff. ad senat. Tertull. l. 10. ff. de suis & legit. qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertulliano admitti. n. 64. Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertulliano matri non nocere. d. l. 2. §. obicitur. Postquam autem liberis in potestate constitutis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab intestato, sed fratres & sorores parentibus prælati. l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot. l. ult. C. comm. de success. quod haud dubie etiam in successione liberorum emancipatorum simul obtinere coepit, ut tamen hic pater manumissor præferretur matri, jure veteri patri servato. l. 2. C. ad sen. Tertull. Jam vero cum fratres, qui parentibus in successione potiores erant, nihil invicem conferrent credibile non est ad parentes onus collationis pertinuisse; & ideo minus credibile, quia ante constitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ succedentes quicquam inter se conferebant: & omnino hic cessabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2. Sed postquam hæc ratio mutata est & functionem collationis ex sola æqualitate æstimari placuit, maxime jure novissimo, quo statim post liberos defuncti parentes ad successionem vocantur, & ita ut plures adscendentes simul succedere queant, Nov. 118. c. 2. absurdum quibusdam visum non est, si dicamus nunc etiam parentes liberis suis succedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere; quod & defendit Aretinus in l. ut liberis. 17. C. hoc tit. & defendi posse existimat Jason. in l. 9. C. eod. Sed cum nulla lege aut constitutione de collatione a parentibus facienda cautum sit, & tantum de æqualitate inter liberos servanda etiam novissima Justiniani sanctione Nov. 118. c. 6. mentio fiat, satius est, ut nos intra septa contineamus; præsertim cum multa alia de liberis constituta sint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit Jason. in l. ult. C. unde lib. add. Nemauf. c. 2. n. 19. & quaest. 20. Saport. n. 64. Sichard. ad rubr. C. hoc tit. n. 10. post Cynum, Bald. Castr. Rimin. in l. 9. C. eod. late Gilken in d. l. 9. n. 39.

3. Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ transversæ; quia quod quis a fratre, aut patruo vel avunculo, aut alias cognatus quis a cognato inter vivos habuit, non potest videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ postea obtingentis. Inapte autem pro hac sententia argumentum adducitur ex l. 3. §. 1. ff. de leg. præst. contr. tab. ubi negat jurisconsultus ex edicto illo legata conservari fratri & sorori: Nam si ex eo recte collegeris fratres & sorores collationi non esse obnoxios, necessario sequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conserventur. d. l. 3. §. 1. l. 1. eod. Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens est, qui succedunt in
bona

bona demortui jure liberorum, quique simul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipsum per se nomen nihil aliud est, quam æqualitas & communio, & ita *DD. comm. ad l. 9. C. hoc tit. Nemauf. c. 2. n. 1. Boer. decis. 302. Vasq. lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 27. Christin. vol. 4. decis. 2. n. 8.* Ex consuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum esse locum collationi censet *Chassin. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 59. & seqq.*

4. Plane si æquitas rei potestatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio succedet officium arbitri familiæ eriscundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra cæterorum injuriam retinere non possit. Nam officium arbitri adminiculum est & auxilium subsidiarium, cui plerumque locus est ex æquitate, cum ratio juris deficit, ut in specie *l. 2. C. de inoff. donat.* item in *l. filii. 16. l. filia. 18. & passim C. fam. erisc. Ant. Fab. C. suo hoc tit. defn. 1. & C. de pact. defn. 2.* ubi illustre exemplum,

CAPUT VI.

De diverso jure succedentibus.

SUMMARIUM.

1. *An locus collationi, ubi unus e filiis institutus, alter exheredatus est, sive uterque in potestate sit, sive neuter, & exheredatus per querelam testamentum evertat.*
2. *Quid si emancipatus heres institutus, frater exheredatus.*
3. *Quid si emancipatus heres institutus frater præteritus.*
4. *Quid si filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.*
5. *Species l. 1. pr. ff. de dot. coll. & an ea procedat, cum filia heres scripta se miscuit, præterito forte filio emancipato.*
6. *Jure novo de his frustra disputari.*

DUO sunt filii, quorum unus a patre institutus est heres, alter exheredatus, qui inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit: potest enim testamentum ex post facto pro parte per querelam rescindi, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipsa pro parte tantum testatus decessisse videatur. *l. 15. in fin. l. circa. 24. & l. seqq. in fin. ff. de inoff. test.* Itaque in casu proposito alter ex testamento, alter ab intestato succedit.

1. Quæritur, an locus sit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac specie erat collatio, sive uterque filius in potestate fuisset, sive neuter: nam nec sui inter se, nec inter se emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiasam. quæ ex rescripto *D. Pii* dotem conferre fratribus cogeatur, de quo dictum supra est.

2. Sed etsi ponamus alterum fuisse emancipatum, alterum in potestate, & emancipatum a patre heredem scriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioso mota testamentum patris pro parte postea everterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab intestato succedat, cessabit nihilominus collatio: quoniam suus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus suo, propterea quod ex judicio patris venit. *l. pater filium. 6. ff. de dot. collat.*

T 2

3. Sed

3. Sed finge filium in potestate heredem institutum, emancipatum præteritum, hic si emancipatus petita bonorum possessione contra tabulas testamentum patris pro parte evertat, etiam si frater omiſſa bonorum possessione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex testamento hereditatem amplexus sit, jure quoque veteri emancipatus fratri suo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut summo jure; sed ex æquitate & edicti sententia: cum utique etiam hic per bonorum possessionem ab emancipato agnitam suus injuriam patiatur. *l. si filius. 10. ff. hoc tit.* multa in contrarium disputat *Ant. Fab. dec. 40. & seq.* contendens *d. l. 10.* corruptam esse a Triboniano, additumque totum illum versum, *Sed magis sentio &c.* verum frustra & incassum; longeque alius casus proponitur *l. 6. de dot. collat.* quam in *d. l. 10. ff. hoc tit.* illic proponitur filius emancipatus heres institutus, filia in potestate exheredata; hic filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.

4. Similiter rescripto Imperatoris D. Pii collatio producta est in specie *l. 1. pr. de dot. collat.* ubi filiasam, quæ neglecta bonorum possessione hereditati paternæ se miscet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter succedentes jure prætorio, bonorum possessione contra tabulas aut unde liberi petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo casu, quo filia testamento patris heres scripta se miscuit, puta præterito filio emancipato, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit, & sua bona conferre tenetur: neque hic ullam esse absurditatem, *arg. d. l. 10. hoc tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo casu cessat collatio. *l. 6. l. 7. ff. de collat. dot. l. 1. C. hoc tit.* & si filia cum fratribus heres instituta non confert *l. 7. C. eod.* multo minus ad collationem urgeri posse videtur, si sola heres scripta sit.

5. Finge iterum filium, qui in potestate est, heredem scriptum, emancipatum exheredatum, hic etsi emancipatus ad bonorum possessionem contra tabulas non admittatur. *l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* ac proinde nec frater heres scriptus beneficio exheredati, tamen si emancipatus de inofficioso quæstus patris testamentum resciderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & sententia edicti conferre cum debere fratri heredi scripto, qui non minus per querelam inofficiosi, quam petita bonorum possessione contra tabulas injuria afficitur adempta parte hereditatis, & hoc fortius, quam in specie *d. l. 10. hoc tit.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic cessare partes prætoris? *arg. l. 7. ff. de dot. collat.*

6. Sed de his frustra disputamus post constitutionem Leonis in *l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* & jure novissimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex testamento & judicio patris veniunt, necesse est, ut nunc etiam ii conferant, qui diverso jure veniunt: cui illud quoque consequens est, quod in casu *d. l. 10. ff. hoc tit.* nunc mero jure collatio facienda sit, & facienda etiam in casu *l. 6. & l. 7. ff. de dot. collat.* utpote sublatarum per Nov. 18. c. 6. quæ & communis est opinio, test. *Jas. in d. l. 17. C. hoc tit. col. 5. vers. in ultima parte. Grass. lib. 2. res. sent. quæst. 4. Nemausens. d. tract. quæst. 32. Vassq. lib. 1. de success. resol. §. 19. n. 54. & seqq.*

CAPUT VII.

De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.

SUMMARIUM.

1. Collatio dotis a quo quam ob causam imposita filiafam.
2. A quo quam ob causam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus iuncta.
3. A quo qua de causa producta collatio ad succedentes in linea materna.
4. Item ad nepotes & neptes succedentes cum patruis & avunculis.
5. A quo tandem quam ob causam tracta collatio ad succedentes ex testamento.
6. Inter liberos collationem fieri debere, etiamsi cum his extraneis heres scriptus sit.
7. Ad excludendam collationem sufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.
8. Non conferri, quod datum est ultra portionem hereditariam.

PROCEDENTE tempore etiam liberis in potestate positis onus res quasdam conferendi impositum est, & tam invicem sibi, quam fratribus emancipatis simul ex edicto succedentibus, bonorum scilicet possessione unde liberi aut contra tabulas petita.

1. Et quidem primus D. Pius constituit, ut filiafam. dotem, quam a patre acceperat vel promissam habebat, fratribus conferret. *l. 1. pr. ff. de dot. collat. junct. l. 3. l. 4. l. 8. l. filia. l. 2. C. hoc tit.* quod ratio æqualitatis suasit, eo quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filia, quod constante matrimonio habet, e bonis patris quodammodo exit, de quo dictum superius c. 2. Putaverunt nonnulli ob stare *l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. erisc.* sed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia testamento patris herede instituta, quo casu filia non conferebat dotem. *l. 7. C. hoc tit.*

2. Quod cum a D. Pio constitutum esset in dote, Leo Imperator, propter similitudinem dotis, idem juris esse voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos sive *ἀντιφύριον* & dotis quædam compensatio est; veteribus autem incognita. *l. 29. C. de inoff. testam.*

3. Idem Imperator collationem produxit etiam ad successionem intestatam in linea materna. *l. ut liberis. l. 7. C. hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, sive sui sint, sive emancipati, sive soli sui, sive soli emancipati, sive inter se mixti, sive nec sui, nec emancipati, quocunque jure intestatæ successionis parentibus heredes existant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex sola consideratione æqualitatis a Leone constitutum est: nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex senatusconsulto succedentes, quemquam injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias ex lege duodecim tabularum deberetur hereditas: sed horum in causa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non solum in dote, sed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavet; videlicet ut sine distinctione a patre, an a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta esset, conferretur; idque locum habere voluit tam in suis, quam in emancipatis. *d. l. 17.*

Justinianus autem insuper sustulit scrupulum, qui ortus erat ex constitutione

Arcadii & Honorii in *l. nepotes. C. Theod. de legit. hered.* an quod statutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris, & contra probandum esset. Fecit hoc Justinianus in *l. illam. 19. C. eod.* ubi scrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepotes avo aut aviæ succedentes ab intestato non tantum inter se, sed etiam patruis, avunculis, amitis, & materteris defuncti liberis ac coheredibus suis, atque hi vicissim illis conferant. *Bart. Jas. Alex. & alii ad d. l. 9.*

4. Nondum erat collatio inter eos, qui succedebant ex testamento. *l. 6. l. 3. ff. de dor coll. l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. ercisc. l. 1. l. 7. C. hoc tit.* nisi nominatim testator collationem injunxisset. *d. l. 1. C. hoc tit.*

5. Tandem autem etiam hoc jus mutavit Justinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos servaretur, constituit, ut liberi, quamvis heredes scripti bona inter se conferant, uti conferrent, si ab intestato parenti successissent, nisi testator expresse collationem remisit aut inhibuit. *Nov. 18. c. 6. unde auth. ex testamento. C. hoc. tit.* Aliter nimirum testamento facto Justinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus est, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti secuti sunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut si testator collationem injunxisset, bona conferri deberent; si de collatione nihil dixisset, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Justinianus autem sententiam parentum inspectavit, non verba, & credidit, nec sine ratione, semper in dubio hanc videri esse mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos servetur, nec alter plus altero consequatur. Quod autem de collatione nihil caverit pater, id videri factum, quia aut cogitatione mortis prædixit καὶ τὸ ἐν τῇ συνείδησι τοῦ πατρὸς προεχέμενον, aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius a se data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur, expresse testatur Imperator, sed etiam collationem exigere a scriptis heredibus. *d. Nov. 18. c. 6.*

6. Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiam si cum his extraneus aliquis heres scriptus sit quoniam cum per adjunctionem extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos desiderat, nec hac adjunctione videri potest remissa collationis necessitas. Extraneo autem heredi conferendum esse, aut hunc conferre oportere nemo credo dixerit. *Nemaus. c. 2. n. 18. Rimon in l. 9. hoc tit. n. 181. Ant. de Amat. n. 156. & seq. 7.*

7. Illam autem restrictionem nostram nisi testator expresse collationem remisit aut prohibuit, juxta *d. Nov. 18. c. 6.* non sic accipi volumus, quasi ad excludendam collationem omnino necessariam putemus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expressam parentis voluntatem: sed voluntatem quoquo modo significatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti si pater majorem partem bonorum filio assignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotasset: ex eo enim satis intelligimus eum noluisse dotem a filia conferri per *l. ex parte. 39. §. 1. ff. fam. ercisc. & ibi Cystal.* unde *Wamescent. 2. Civil. conf. 44.* recte respondit, testatorem, qui quasdam res a filia conferendas specialiter designaverat, intelligi reliquas a collatione exemisse. Sed & in casu præcedente idem probandum esse licet causam inæqualis divisionis non expresserit pater; & ad collationem impediendam, si alias inæqualitas oriretur, sufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra *Fulgos. & Roman.* contendit *Aretin. in l. 9. C. hoc tit. col. 2. arg. d. l.*

39. §. 1. *fam. erisc.* cujus sententiam ab æquitate commendat *Nemauf. quæst.* 33. sequitur *Cravett. conf.* 85. §. 125. *Surd. conf.* 143. n. 18. §. 19. & alii laudati & probati a *Fachin. lib.* 5. c. 78. quibus suum quoque calculum adjicit *Cl. D. Tuld.* ad *C. h. t. n.* 2.

8. Qua eadem ratione, etsi regulariter dos conferri debet, tamen si pater majorem filio, quam filiae portionem reliquerit, censendus est tacite onus conferendi remisisse. *Mantic. lib.* 6. de *conj. ult. vol. tit.* 2. n. 11. *post. Odofr. Alber. Floria.* & alios *ibid.* citatos. Denique ob hanc eandem causam non confertur, quod præter & ultra portionem hereditariam datum est; veluti si pater filiae suæ nomine dotem dederit centum aureorum, addita hac clausula, *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura est.* quippe qua adjunctione collatio non obscure remittitur. *Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin.* 2.

CAP. VIII.

De filio & ex eo nepote institutis; deque filia instituta, quæ alias, statuta. extantibus masculis excluderetur.

SUMMARIUM.

1. Certo jure olim cessasse collationem, si filius & simul nepos ex eo instituti fuissent.
2. Sed nec novo aut novissimo jure collationem isto casu procedere.
3. Casus superiori non absimilis.
4. Filiam, quæ statuta a successione patris extantibus masculis excluditur, heredem cum fratribus scriptam, collationi obnoxiam non esse.

1. JURE veteri, si pater filium & ex eo nepotem heredes instituisset, cessasse collationem certum est: quoniam omnium institutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & succederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: sic enim si emancipatus una cum sub heres institutus fuerat, cessabat ob eandem causam collatio, & omnino non erat locus collationi inter succedentes ex testamento, de quo *c. præced.*

2. Sed nec novissimo jure, quo etiam inter succedentes ex testamento jus collationis est, in casu proposito collatio admittenda; quia cessat ratio, ob quam etiam in testamentaria successione locum habere collationem placuit, nimirum conservatio æqualitatis inter liberos: sed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in successione paterna, & qui si testamentum factum non esset, jure liberorum ab intestato hereditatem obtinuissent; quod in proposito non est, utpote cum pater in successione intestati nepotem ex se natum in totum exclusisset. Absurdum quippe est dicere eos, qui in successione intestata jus nullum habent, si fuerint cum aliis instituti, inducere collationem: nam æqualitas illa respicit æquale jus liberorum in successione intestati, & alias magis induceretur inæqualitas; ita post *DD. vulgo in l. 9. C. hoc tit. Nemauf. quæst.* 25. *Pet. Tholof.* 46. *syntagm.* 8. n. 24. *Gomes. ad legem Tauri.* 29. n. 7. *Gilken. in l. 9. C. hoc tit. n.* 48.

3. Similiter si verbi causa testator Titium filium suum ex sola portione legitima heredem scripserit, in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio

filio altero prædefuncto, dicendum est Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum a testatore eodemque patre suo acceperat, conferre non teneri; quoniam testamento non condito liberi Titii in successione avi nihil juris vivente Titio habituri fuissent, sed extraneorum loco futuri. Et mirum est eos, qui secus sentiunt, ad confirmationem contrariæ sententiæ proferre *l. si nepotes. 7. ff. hoc tit. & l. ut liberis. 17. C. eod.* quippe quibus locis agi constat de successione intestata, ac proinde de iis nepotibus qui in ea successione jus habent, eo quod successerunt in locum patris *d. l. 7.* aut etiam matris juxta jus novum introductum a Leone in *d. l. 17.* Quamvis autem Justinianus collationis jus produxerit etiam ad successorem testamentariam, semper tamen ponendi sunt termini habiles *ἡ δὲ ἀπὸ ἀπαιτήτων*, ut ipse loquitur; nempe si illi liberorum heredes instituti fuerint, qui & ab intestato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioso, vel bonorum possessione contra tabulas petita testamentum patris evertere possent. Ita recte Curia Frisiæ apud *Joan. a Sande lib. 4. tit. 10. defn. unic.*

4. Ex his fere judicari etiam potest, quid ad illam alteram quæstionem respondendum sit, an filia statuto existentibus masculis a successione ab intestato exclusâ, & a patre simul cum fratribus herede instituta, ad collationem vocanda sit: nimirum idem, quod in casu superiore, non cogendam conferre: quoniam cum ita exclusâ nihil juris habeat in successione patris intestato mortui, si instituta sit tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confesso est. *l. ult. C. comm. utr. jud.* Utique jure liberorum censendi non sunt, quibus nec legitima debetur, sed qui alendi tantum, & qui nec bonorum possessionem unde liberi, nec præteriti contra tabulas petere possunt, nec exheredati queri de inofficioso. Quod si soror in proposito fratribus conferre deberet, fratres quoque vicissim huic conferre tenerentur; quod est absurdum & contra sententiam ac favorem statuti. Nec obstat, quod statuto duntaxat locus sit in causa intestati, hic autem filia heres cum fratribus instituta proponatur, atque, ut vult *Jason in l. 9. C. hoc tit. col. 8.* non ut extranea, sed ut filia ex paterno affectu; nam æquale jus liberorum, quod habuissent in causa successione ab intestato, etiam fundamentum est collationis faciendæ in successione testamentaria. *Nov. 18. c. 6.* & magis est, ut quod ex testamento patris hic filia consequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat. *arg. l. a patre. 10. C. hoc tit.* ita *Nemauf. d. quæst. 25. Pet. Tholos. d. num. 24. Gravett. 1. cons. 11. n. 13. post Bald. in l. ult. C. de lib. præd. col. fin. Bart. in l. ult. ff. ad sen. Tertull. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n. 237. & seqq.*

CAPUT IX.

Quando seu qua in successione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. Olim collationi locum non fuisse, nisi in successione ab intestato.
2. Quid si non testamentum, sed codicilli facti essent.
3. Confutatio vulgatæ distinctionis inter codicillos de toto & de parte disponentes.
4. Qui bonorum possessionem omittit contentus codicillo sibi relicto, ad collationem non urge-
tur.
5. Cur

5. *Cur codicillis factis collatio nihilominus processerit, testamento facto non item?*

6. *Quaestiones hujusmodi hodie supervacuas esse, post Nov. 18. c. 6.*

1. **O**FFERT se nunc tertia quaestio, quando seu qua in successione collationi sit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non sustinebant onus collationis, nisi id expresse injunctum fuisset: sed collatio tantum locum habebat in successione intestata. *l. 3. l. 6. ff. de dot. coll. l. 1. l. 7. l. ut liberis. 17. C. hoc tit.* quanquam nihil intererat, testamentum factum non esset, an quod factum erat, eversum esset per bonorum possessionem contra tabulas, aut per querelam inofficiosi. *l. 4. d. l. 17. C. hoc tit.* atque ejus rei jam saepe mentio facta est.

2. Quaesitum autem ab interpretibus est, quid juris fuerit, si non testamentum, sed codicilli facti essent. *Curtius, Cagnol. Riminald. in l. 9. C. hoc tit.* distinguunt inter codicillos disponentes de toto, & disponentes de parte aliqua, atque illis asserunt collationem impeditam fuisse, his non item: nimirum illi codicillos, quibus disponitur de toto (quanquam hoc minus accurate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos testamento, ut sicuti testamento institutus filius emancipatus non conferebat, ita nec collationi obnoxius fuerit in casu codicillorum disponentium de toto, id est, ut ego puto, de bonis universis aut parte hereditatis emancipato restituenda, quoniam hic succedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua singulari disponunt, idem dici non posse.

3. Ego vero non possum animadvertere, quid ad causam collationis intersit, de toto codicilli, an de parte disponant: siquidem ex codicillis non succeditur: de collatione autem quaeri non potest, nisi inter eos, qui simul succedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogasse, ut portionem hereditatis fratri suo in potestate retento restituat. Hic filius emancipatus non succedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; sed ut succedat, beneficio praetoris opus est, bonorum possessione unde liberi: quam si petat, bona sua fratri, cum quo simul succedit, ne incommodet suo heredi, conferre debet. Partem autem, quam rogatus est restituere, restituet retenta quarta ex Senatusconsulto, eamque praecipuam habebit. *arg. l. a patre. 10. l. filiam. 16. C. hoc tit.* Idemque omnino juris est, si liberi emancipati codicillis rogati sint de re singulari fratribus in potestate retentis restituenda. *dd. ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis a filio in potestate constituto fideicommissum hereditatis aut rei singularis reliquisse filio emancipato: nihilominus emancipatus ex judicio patris succedit, & codicillis non obstantibus bonorum possessionem unde liberi petere debet: quam si petierit, cum filio in potestate concurrens bona quoque sua conferre cogitur, ut tamen quae codicillis relicta sunt, quoniam extero jure capiuntur, praecipua habeat. *l. a patre. 10. l. filiam. 16. C. hoc tit. & ibi Gloss. & DD.*

4. Plane si bonorum possessionem omiserit, contentus eo, quod sibi relictum est codicillis, hoc casu ad collationem eum urgeri non posse certum est: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit successionem. *l. ult. ff. hoc tit. l. ex causa. 25. C. fam. ercisc.*

5. Sic ergo omnino habendum, jure veteri locum esse collationi etiam tunc, cum codicilli facti sunt, quoniam nihilominus succeditur ab intestato; sed codicillis uni

ex liberis relicta in contributionem non venire; quia hoc non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt. *dd. ll. junct. l. 1. §. 6. ff. hoc tit.* Testamenti longe alia ratio est: nam si in eo institutus esset filius emancipatus, tum & partem suam, ex qua heres scriptus erat, consequeretur, & de suo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris succedebat: si vero præteritus esset, hic contra tabulas bonorum possessionem petens, quod ipsi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum testamentum & judicium patris everteret. *l. 5. §. 2. ff. de legat. præstend. add. Ant. Fab. dec. 40. err. 4.*

6. Hæc quæstio adhuc locum habere potest, sicubi locorum observetur, ut collatio tantum fiat in causa successionis ab intestato: alias supervacua est, cum jure communi ex constitutione Novella Justiniani etiam ex testamento conferri oporteat, & omni casu, quo collationem ab intestato fieri necesse erat; nisi collatio expressim prohibita aut remissa sit. *Nov. 18. c. 6. unde auth. ex testamento. C. hoc tit. ubi DD. vulg.*

CAPUT X.

De bonis collationi obnoxiiis, & contra.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. 4. 5. *His numeris continetur brevis quædam repetitio eorum, quæ supra disputata, præsertim cap. 2.*
6. *Distinctio peculii filiorumfam.*
7. *Hanc distinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis usum habere, & id quoque profectitium censei, quod a matre obvenit.*
8. *Applicatio superioris distinctionis ad collationem.*
9. *Bona castrensia collationis immunia.*
10. *Item quasi castrensia.*
11. *Quid juris de libris filio literis operam danti a patre suppeditatis.*
12. *Quid de datis filio jam gradum adepto.*

1. HÆC quarta principalis quæstio est, cæteris prolixior & subtilior. Ex iis, quæ supra disputavimus, intelligi potest, liberos emancipatos cum suis concurrentes omnia bona, quæ si in potestate mansissent, patri acquisituri fuerant, juxta editum generale conferre debuisse. Itaque sola castrensia & quasi castrensia fratribus non conferre. *l. 1. §. nec castrense. l. 5. ff. hoc tit.*

2. Post rescriptum Divi Pii sui heredes inter se aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: sed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cætera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3. Postea donatione ante seu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, si modo profecta esset ab eo parente, de cujus hereditate dividenda ageretur: quod suasit ratio æqualitatis. *l. ut liberis. l. 7. C. hoc tit.*

4. Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, cujus in potestate erant,

erant, liberi pleno jure acquirebant; sola materna & materni generis excipiebantur. Itaque verisimile est emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemptos fuisse: quoniam etsi in potestate mansissent, horum proprietatem non patri, sed sibi acquivissent: ob hanc enim rationem duntaxat castrensia & quasi castrensia non conferebantur,

5. Postquam autem adventitiorum omnium proprietates liberis in potestate constitutis concessa fuit a Justiniano, recte eidem Imperatori visum est, ne quicquam conferretur præter profectitia, id est, ea, quæ ex bonis parentis, de cujus successione quæritur, profecta sunt. *l. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam speciatim definiamus, quæ res conferendæ sint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, sive in potestate sint, sive non sint, accurate distinguere.

6. Quicquid filii fam. habent, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliunde quæsitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor sunt genera 1. castrense, quod per occasionem armatæ militiæ filios fam. quæsitum est. 2. quasi castrense, quod in toga reipub. operam navans paravit. 3. profectitium, quod a patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. 4. adventitium, quod aliunde obvenit. *l. ult. C. de inoff. test. §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Primum & secundum genus bonorum pleno jure est ipsorum filiorum fam. tertium pleno jure patris: quarti ususfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietates. *d. §. 1.*

7. In eos autem, qui sunt sui juris, etsi hæc distinctio & nomen peculii non cadit. *d. l. ult. C. de inoff. test. l. paterfam. 182. de verb. sign.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam distinctione ista uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias sui juris factis. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus successione agitur, etiam si mater aut avia sit, pro profectitio, quoad effectum conferendi habendum est. *l. ut liberis. 17. C. eod.*

8. Jam vero juxta hanc distinctionem bonorum sic statuendum est; cujus generis bona filius si sit in potestate patris, patri non acquirit, sed sibi præcipua habet, ejusdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet: sed uti fratres sua illa præcipua haberent, ita & emancipati ejusdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in potestate mansit patri suo acquirit, ejusdem generis bona emancipatus fratribus confert: quoniam cum hujus generis bona in filios fam. collata veniant sua sponte in divisionem paternæ hereditatis, & ita communicentur cum emancipatis fratribus, iniquum est ejusdem generis bona emancipatos in divisionem hereditatis non conferre. *l. filia. 12. C. hoc tit.*

9. Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona castrensia. *l. ult. C. hoc tit.* & jam olim hæc fratribus suis non conferebant emancipati. *l. 1. §. nec castrense. 15. ff. eod. l. 12. C. eod.* nempe quia & si fratres, qui in potestate manserunt, ejusdem generis bona acquisivissent, ea in divisionem hereditatis paternæ non veniebant, sed præcipua sibi habebant, utpote patri nunquam quæsitæ, sed illis pleno jure tributa tanquam patribus fam. *§. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Proinde nec si quæ res mobiles a patre, aut a matre, aliisve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ sint, puta equi, arma &c. conferentur, quia castrensi peculio cedunt. *l. 4. C. fam. ercis. l. 1. C. de cast.*

castr. pecul. lib. 12. Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata sunt a propinquis aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10. Eadem ratio est & bonorum quasi castrensiū. *d. l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit.* Itaque si quid filii in alicujus dignitatis aut administrationis gradu positi, si causas in foro orantes, si liberales artes publice profitentes &c. acquisierint, id in collationem non venit.

11. Quæsitum est, an idem dicendum sit de libris a parte filio literis operam navanti emptis & traditis, ut & ipsi tanquam quasi castrense peculium non conferantur. Hanc quæstionem prolixè tractat *Gilken. ad auth. ex testamento. n. 29. & multis seqq. C. hoc tit.* Sed nihil opus est tam operosa disputatione. Nam si illa librorum datio aut suppeditatio a patre revocari potest, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum *Bart. in l. 1. §. nec castrense. 15. ff. hoc tit. Jaf. in l. filia. 12. C. eod. Bald. in l. 5. C. ad sen. Maced. & recte, arg. l. sive emancipatis. 14. C. de donat. l. 10. l. a marito. 18. C. de don. int. vir. & ux.* libri ita a patre comparati & studiorum causa filio traditi, pro quasi castrensi peculio haberi non possunt. Imo nec studiosi, quamdiu in cursu sunt, quasi castrense peculium habent: utique non recensentur in eorum numero, qui habent. *l. ult. C. de inoff. test.* nulliusque momenti est argumentum pro contraria sententia ductum a privilegiis, quæ studiosis concessa in *auth. habita. C. ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio est, Imperator quædam privilegia doctoribus & studiosis promiscue concessit; ergo conditionem eorum exæquavit? Ac proinde si pater prius mortuus fuerit, quam filius cursu studiorum suorum absoluto titulum Doctoris, Licentiati, aut Magistri meruerit, dici non potest, libros illi subministratos quasi castrensi peculio accensendos & collationis immunes esse: quod & ipsum confirmant *Bald. Castr. Fulgos. in l. si donatione. 13. C. hoc tit. Ant. de Amatis in l. 9. C. eod. n. 139.* & plures alii, quos memorat *Gilken. ubi sup. n. 42.*

Sed neque ex illo capite, quo donatio simplex non confertur, libros filio bonis artibus operam danti a patre datos a collatione eximere possumus: quoniam ut recte *Bald. in d. l. 5. C. ad sen. Mac.* pater filio scholari emens libros, eos donare minime censendus est: & *l. 1. C. de castr. pec.* accipienda de iis, quæ filio donata sunt, non quæ simpliciter data aut concessa. *add. Sicbard. in l. filia. 18. C. fam. ercisc. n. 3. & 4. & in auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 20.* Plane si pater libros, quos filio comparaverat, eum patiatur retinere etiam postquam titulum Doctoris &c. adeptus est, ex eo tempore peculio quasi castrensi adscribendi videntur, rataque esse atque irrevocabilis donatio. *arg. l. Stich. 53. ff. de pecul. l. donationes. 25. C. de don. int. vir. & ux.*

12. Sane enim si filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro versanti libros aliquos pater dedisset, eos peculii quasi castrensis jure censi oportere crediderim *Alber. de Rosat. in l. 13. C. h. t. n. 7. Bart. in l. 1. §. nec castrense. n. 2. ff. eod. late Salic. in l. filia. 18. C. fam. erc. n. 14. & 15. Sicbard. in d. auth. ex testamento. n. 20. Vasq. lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 30. & seq. Schneid. in §. quædam. Inst. de act. ubi de actione fam. erc. n. 48. Perez. C. hoc tit. n. 12. Gilken. ubi sup. n. 35. & ibi citati.*

CAP.

CAPUT XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1. *Adventitia jure novissimo non conferuntur.*
2. *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit.*
3. *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4. *An si percepti a filiofam.*

1. SECUNDUM distinctionem bonorum capite præcedenti positam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam postquam constitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Justiniani effectum est, ut nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte visum est Justiniano & superioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur; propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne castrensia aut quasi castrensia conferrentur. *l. ult. C. hoc tit.*

2. Et igitur nec emancipati jam necesse habent conferre, quæ ipsis aliunde quam a patre obvenerunt, ut recte statuunt *DD. comm. in § per d. l. ult. C. hoc tit.* Etenim correctâ ratione legis, & ipsa lex correctâ intelligitur. Cum ergo Justinianus in *d. l. ult.* ad exemplum castrensis peculii hoc se sancire testetur, ne ea quæ parentibus non acquiruntur, collationi post mortem parentum subiaceant, etiam hoc sancire simul intelligitur, ne emancipati ea, quæ si in potestate mansissent, patri non acquisivissent, conferre necesse habeant: quippe cum ob hanc unam causam emancipati olim castrensia conferre non tenerentur; quoniam etsi in potestate mansissent, nihil tamen juris in his patri acquisitum fuisset. Dissentit tamen *Nemaus. c. 2. n. 10. post Odofr. in d. l. ult. § Jac. de Ravenn. relatum ab Alex. § Jas.* Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo nostra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure constitutum esse, ut emancipati una cum suis heredibus ad hereditatem paternam adspirantes omnia bona sua in medium conferant. *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 6. C. eod.* nullamque legem aut constitutionem proferri posse, qua hæc illis necessitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Justinianus in *d. l. ult.* quæ edita est Lampadio & Oreste Coss. necessitatem collationis attemperavit rerum acquisitioni; & bona adventitia in causa collationis ejusdem juris esse voluit, cujus jam antea erant castrensia; quæ constat nunquam in collationem venisse.

3. De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæsitum est, an non hos saltem emancipati conferre teneantur, quoniam si in potestate mansissent, eorum commodum patri quæsitum fuisset. Quod omnino affirmandum videtur, sive novi juris rationem spectes, æqualitatem videlicet; sive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in potestate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo post *Cyn. Bart. Castr. Fulg. tradit Jas. in d. l. ult. col. 2.* Nec obstat, quod objicit *Nemaus. quæst. 8.* quod filius emancipatus,

cupatus, statim pleno jure hosce fructus sibi acquirat: sufficit enim ad onus collationis, quod patri acquisiti fuissent, si mansisset in potestate. Cogitandum tamen, an non officio arbitri familiæ erciscundæ collatio ista moderanda sit propter alimenta, quæ filio in potestate pater præstitit; cum emancipatus se ipse exhibere debeat, per ea, quæ supra c. 5. in fin.

4. Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum a filiofam. percepti conferendi sunt; quoniam adventitia, quatenus eorum possessio & usus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum proinde fructus præcipuos sibi retinere filius non potest. Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum censendi, quia ad patrem pertinent. Accedit & ratio æqualitatis, quoniam ut jam dictum est, emancipati eorundem bonorum fructus conferre tenentur. Plane si sine dolo malo consumpti fuerint, cessabit collatio per l. 1. §. conferatur. 23. l. 2. §. 2. ff. hoc tit. Nemaus. quest. 8. Rimin. ad l. 9. C. hoc tit. n. 358. Jaf. in l. ult. C. eod. ccl. 2. Quod si pater ipse usumfructum retinere noluerit, aut filio simpliciter donaverit, ut in specie l. 6. §. 1. vers. sin autem. C. de bon. quæ lib. cessabit collatio. Gomes. ad l. 29. Tauri. n. 28. & DD. ibid. recensiti. hæc quæstio autem supervacua est, ubi plena adventitiorum proprietas ipsis filiisfam. acquiritur, ut passim in Belgio, & Gallia. Gudelin. lib. 1. de jur. Nov. 14. Grot. 1. manud. 6. Chassan. in consuet. Burg. §. 5. tit. des enfans de plusieurs lièz.

CAPUT XII.

De collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. Dos & donatio propter nuptias quando quibus conferatur.
2. Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias sibi datam conferant.
3. An & quam dotem & quibus filiafam. aut filia emancipata conferant.
4. Quid jure veteri isto casu obtinuerit. §. n. 5. & 6.
7. Quid si dos non data, sed tantum promissa fuerit.
8. Filius non tenetur conferre dotem uxoris suæ.
9. Nec dotem, quam filia suæ dedit, nisi ad eum reversa sit.
10. Quid si hereditas divisa non interveniente collatione.
11. Quid juris si constante matrimonio de dote conferenda agatur.
12. Sententia auth. quod locum. C. hoc tit.
13. An dispositio d. auth. hodie observetur.

IGITUR cum neque bona castrensia aut quasi castrensia, neque adventitia subjecta sint collationi, uti jam demonstratum est, si qua sunt legi collationis obnoxia, ea erunt sola bona profectitia, quod & verum est. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta sunt ab eo parente, de cujus successione agitur; etiam si a matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen

tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis testamento aut codicillis non sit remissa collatio: cæterum pleraque.

1. Primum conferenda est dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius a parente, de cujus hereditate agitur, accepit. *l. ut liberis. 17. C. hoc tit. Nov. 18. c. 6.* Ajo, de cujus hereditate agitur: nam si verbi causa agatur de successione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis suis conferre dotem, quam accepit a matre: quia non est profecta ex bonis ejus parentis, cui nunc succeditur, quod *d. l. 17. requirit. Bart. in l. illam. 19. C. hoc tit. n. 7. Cyn. ibid. n. 2. & post hos Castrenf. n. 4. Fulgos. n. 3. Roman. n. 10. Corn. n. 24.* eademque est ratio donationis ante nuptias.

Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipsa aut pater accepit, a matre aut patre suo, id nepotes & neptes, avo aut aviæ succedere cupientes, patruis suis & avunculis conferre, ut patrem & matrem suam repræsentantes, debent. *l. illam. 19. C. hoc tit. & ibi comm. DD. Gomes. ad l. Tauri. 29. n. 7.* Et quidem collatio hæc a nepotibus fieri debet, quamvis a successione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias accepit, abstinuerint, dummodo adspirent ad successionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita consultit *Molin. consil. 25. respondit Charond. 3. respons. 8. & non semel judicavit Curia Parisiensis, testibus Chopin. lib. 3. de privil. rustic. c. 9. Papon. lib. 21. tit. 7. arrest. ult. Charond. lib. 3. respons. 55.*

2. Quid si avus vel avia, de quorum successione quæstio est, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, sed ipsis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam decessisse filio & filia; & ex alia filia præmorta nepote, & nepte a se dotata, relictis. In hac specie neptem non avunculo & materteræ, sed nepoti eidemque fratri suo dotem conferre oportere, responderunt *Fulgos. Roman. Salic. Angel. in d. l. illam. C. hoc tit. arg. l. 1. §. si sit nepos. 2. ff. de dot. collat.* Atqui isto in loco agitur de collatione dotis facienda a nepte filiafam. & de collatione bonorum omnium facienda a nepte emancipata, ex ratione juris veteris & rescripto Divi Pii, quod ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: nisi dicamus nunc etiam pertinere ex constitutione Leonis in *l. ut liberis. 17. C. hoc tit. & Justiniani in d. l. illam. C. eod.* Sed magis est, ut totum illud jus hisce constitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam esse, atque in causa dotis & donationis propter nuptias, si illa profecta sit ab his personis, de quarum familia eriscunda agitur, sola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd. 11. malleim respondere, etiam patruis & avunculis in specie proposita conferendum esse, cum Castr. Corn. Alex. Dec. in d. l. illam. Purpur. ibid. num. 39.* ubi hanc opinionem communem esse ait. Sane si neptis, quæ dotem accepit, sit sola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam patruo conferendum esse, *d. l. 1. §. 3. de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris, *d. l. illam. C. hoc tit.* extra controversiam est. Idemque est in causa donationis propter nuptias facta nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate simplici, sed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi junguntur, proficiscatur; atque hæc affectio sit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris, seu æqualitatis contemplatio etiam hic suadet collationem,

fulg

fuse & subtiliter de superiore quaestione in utramque partem disputat *Ant. de Amatis ad l. 9. C. hoc tit. n. 153. & seqq.*

3. Quoniam autem hodie liberi sine distinctione dotem tantum profectitiam, id est, ut nunc interpretamur, eam, quæ profecta est ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre constat, supervacua nunc est disputatio interpretum in *l. 4. C. hoc tit.* quærentium, an & quam dotem filiafam. conferant suis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ suis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique iudicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio ut cunque intelligatur.

4. Certum est filiam cum fratribus suis patri ab intestato succedentem, dotem, quam acceperat, vel promissam habebat conferre debuisse. *l. 1. & passim ff. de dot. coll. l. 2. l. 4. C. hoc tit.* Non solum autem filia dotem conferre debebat, si emancipata erat, sed etiam si esset in sacris patris, id est, in potestate patris morientis. *l. filia l. 2. C. hoc tit. d. l. 1. pr. ff. de dot. collat.*

5. Emancipatam constat etiam dotem fratribus, qui in potestate manserant, contulisse, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur. *l. 1. ff. hoc tit. l. si emancipati. 9. C. eod.* Emancipatis autem fratribus sicut cætera bona conferre non covebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos cessabat collatio. *d. l. 9. C. hoc tit.*

6. Filiafam. & ipsa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in potestate patris & eadem familia manserant. *l. 3. in fin. l. 4. l. filia. l. 12. C. eod.* Quin & fratribus emancipatis. *d. l. 4.* Nec obstat, quod in *d. l. 3. & d. l. 12.* nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, qui in potestate manserunt, in eadem familia constitutis. Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur, sed quia filiafam. fratribus in potestate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit; emancipatis autem non omnem, solam profectitiam. *d. l. 4.* quo loco non de filia emancipata, sed de filiafam. agitur, quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit, & illa verba *d. l. 4. profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam*, quæ alias nullum idoneum sensum habent, sic accipienda sunt, ac si scriptum esset, a patre datam, vel alias aut ab aliis constitutam. ut utraque dos, cujus & mentio fit, his verbis comprehensa intelligatur. Ita ferme & *Don. ad l. 2. C. hoc tit. in opusc. postum.* nisi quod verba *d. l. 4.* modo relata, alio sensu donat. *Cujac. 3. obs. 30.*

7. Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non est, sed tantum promissa. *l. 1. §. 1. de dot. collat.* Sed quoniam promissam dotem filia non habet, neque per se, quia ei data non est, neque per maritum, quia marito numerata non fuit: idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem est actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus suis ita conferet, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut si verbi gratia pater filia dotem promiserit, & decesserit relictis tribus liberis, duobus masculis & filia, hi succedentes ex æquis partibus, succedent quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis. *l. 2. C. de hered. ad.* Proinde filia fratres suos pro tertia parte singulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum est in donatione propter nuptias promissa tantum, non data.

8. Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris suæ: nam etsi dos in bonis sit mariti, quamdiu constat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelligitur,

gitur, ejusque in proprium adhuc patrimonium esse, propterea quod soluto matrimonio ad eam reversura est. *l. quamvis. 75. ff. de jur. dot. l. 3. §. ergo. 5. ff. de minor.* Iam etsi maritus morte mulieris dotem lucratus sit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ sustinuit. *l. 1. §. emancipatus. 20. l. 3. §. quare. 4. ff. hoc tit.*

9. Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ suæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit. *l. 4. eod. l. 1. §. ult. ff. de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio. *l. pater. 71 ff. de evict.* Quid vero si solutum fuerit matrimonium & dos ad patrem reversa? Alentior Accursio in *l. dotem. 6. ff. hoc tit.* pronuntianti patrem debere dotem ad se reversam fratribus suis conferre: quod & Cujacius probat in *l. 4. ff. eod. tract. 4. ad African.*

10. Hoc autem jure nunc posito, dotem & donationem propter nuptias a quibuscunque parentibus, de quorum successione disceptatur, profectam, conferendam esse, consequens omnino est, si filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus suis hereditatem diviserint, & dolo consecuti sint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos esse postea, fratribus suis restituere id, quod amplius habent, quam habituri fuissent, si dotem aut donationem propter nuptias contulissent. *l. si soror. 8. C. hoc tit.* & quidem officio judicis, ut post *Glossam Cyn. Bart. Fulgos. Castr. & DD. comm. in d. l. 8.* aut ut ego arbitror, conditione indebiti. *arg. l. cum putarem. 36. in fin. ff. fam. erisc.* Quod si is, qui collationem desiderat, sit in possessione rerum hereditariarum, poterit idem consequi opposita doli mali exceptione. *arg. l. pater. 8. ff. de dot. collat.*

11. Quid autem dicendum, si adhuc maritus filiæ vivat, & constet matrimonium, an etiam hoc casu dotem conferre debeat? Movel quæstionem, quod dos constante matrimonio est penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipsa non habet: aut si cogenda est conferre, videtur saltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem a marito exeat. Et quidem filia constante matrimonio non potest dotem a marito petere, quæ jure communi demum soluto matrimonio exigi potest. *l. 2. ff. solut. matrim. l. 5. C. hoc tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut scilicet eo minus in partem delatæ sibi successione paternæ auferat. *d. l. 5.* Neque hoc iniquum est a filia exigi, quasi ea dotem non habeat. Etsi enim constante matrimonio dos penes maritum est, & ita penes maritum, ut non possessor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & causam uxoris sustinentur. *l. quamvis. 75. ff. de jur. dot.*

12. Sed convenientissimum temperamentum additum est in *auth. quod locum. C. hoc tit.* cujus hæc sententia est, ut filia constante matrimonio dotem etiam non exactam a marito conferre debeat, si aut maritus solvendo sit, aut si quidem non sit solvendo, sed culpa mulieris factum sit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum sciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea est, si potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus, primum si fuit sui juris, deinde si fuit quidem

X

in

in potestate patris, sed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, sed pater non obstitit, quominus exigeret; aut denique si dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi potestas sit *d. auth. quod locum*, ubi hoc etiam notant. *DD. comm. Perez. ad C. hoc tit. n. 15.* optime *Harmenop. lib. 5. ἐξ ουιης φρε.*

13. Alcitatus *lib. 4. p. 9.* tradit *d. auth. quod locum*. uti non observari, sed dotem conferendam esse, etiamsi culpa mariti perdita sit: quod etiam testatur *Molin. in addit. ad Dec. l. 6. C. hoc tit.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi passim fervari juris communis dispositionem arguunt scripta interpretum in *d. auth. & testatur Christin. vol. 1. decis. 178. n. 14. & vol. 5. decis. 198. n. 11. & 12.* atque secundum eam judicavit Curia Neapolitana teste *Afflict. decis. 247.* ubi etiam *Cas. Urfill. in annot.* Moribus tamen nostræ quoque Bataviæ dispositio *d. auth.* non observatur: & Curia etiam Mechliniensis censuit eam de consuetudine non fervari. *Christin. ubi supra.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit simpliciter sine usuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impensæ necessariae. *l. 1. §. cum dos. 5. ff. de dot. collat.* sed de eo fusius infra c. 16.

CAP. XIII.

De collatione sumptuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. Impensæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, si statim pereant, non conferuntur; secus, si durent & liberis salva maneat. § n. 4.
2. Eadem distinctio adhibenda in sumptibus a patre factis studiorum filii gratia.
3. Quando patre mortuo sumptus continuandis studiis necessarii ad commune onus pertineant.
5. Toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.
6. Fori nostri circa hæc praxis.
7. Quid si filius pecuniam sibi studiorum causa missam dissipaverit.
8. Considerationes auctoris circa eandem quæstionem.
9. In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hostibus filio, solvit.
10. An & quod solvit pro filii delicto.
11. Quæ liberis data ad familiam sustentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferuntur.
12. An conferenda donatio uni ex liberis ob singulare meritum facta.
13. Datum matrimonii nobilioris personæ conciliandi gratia non recte eximitur collationi.
14. Sumptus pro filio facti dignitatis alicujus adipiscendæ causâ non conferuntur.
15. Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.
16. Militiæ verbo quid passim apud nostros significetur, § n. 19.
17. Sententia l. pen. pr. C. hoc tit. ubi de collatione emolumentum ex militia emptâ ab uno percepti.

18. Nulla

18. Nullæ sunt militiæ ex casu contra Taurellum.

20. Sufficit ad collationis necessitatem, quod acceptum est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti.

QUÆSITUM est de reliquis sumptibus, quos præter dotem & donationem propter nuptias liberorum causa parentes facere solent, & primum quidem de impensis aliis præter dotem in elocanda filia fieri consuetis.

1. Distinguendum videtur, an hæ impensæ statim contumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in festivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis salvæ maneant; cujus generis sunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis sunt, collationem effugiant; quæ hujus non item: quoniam dici non potest eas cadere in simplicem donationem, cum sint appendices dotis. *l. 8. C. de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra sententiam & humanitatem recentiorum constitutionum. Sumptus autem facti in convivium nuptiale licet & ipsi nuptiarum causa facti videantur, ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, spectant; qui proinde eo animo tales sumptus, qui & statim pereunt, fecisse intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent. *fascit arg. in l. id vestimentum. 25. ff. de pecul. Bart. in l. 1. §. nec castrense. l. 5. ff. hoc tit. n. 9. Gomes. ad legem Tauri. 19. n. 15. Gail. 2. obs. 91. n. 5. communem asserens. Tulden. in Cod. hoc tit. n. 10. Perez. n. 15. & eadem quoque in effectu est sententia Gudeli- ni lib. 2. c. ult. Scharidi ad l. filia. 18. n. 12. C. famil. erisc. Ant. de Amatis ad l. 9. C. hoc tit. n. 366. Schneid. in §. quædam actiones. Inst. de act. n. 47. ubi de act. fam. erc.*

2. Similiter quæsitum est de sumptibus, quos pater suppeditavit filio studiorum gratia peregre agentis, an & illi conferri debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda distinctio, quæ supra, ut scilicet, si quid pater erogarit in viatica, in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius usus est, id in collationem non veniat: quoniam hi sumptus pereunt, & jure quodam alimentorum censeari debent. *l. quæ pater. 50. fam. erisc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine a patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit. *arg. l. 5. C. ad senat. Maced.*

3. Quinimo & si patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manserint, sumptus cœptis studiis continuandis necessarios societati imputandos, quasi universorum bonorum contracta tacite societate, quidam responderunt, *arg. l. si societatem. 73. §. 1. ff. pro soc.* quod quidem admiserim, si fratres consortes post mortem patris bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris in quorum communione inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec a se invicem rationes unquam exegerint. At si tantum paternæ hereditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibi habuerit, universalis societas minime contracta videbitur; nec tunc hujusmodi impensæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune sit. *per l. cum duobus. 52. §. Papinianus. 6. pro soc. l. ex parte. 39. §. 3. fam. erc. l. 4. C. comm. utr. jud. Schneid. ubi supra. num. 56. Ant. Fab. C. suo, pro soc. defin. 3. Tulden. comm. ad Inst. cod. c. 1.*

4. Contrarii autem generis sumptus veluti libri, instrumenta mathematica, tabulæ &

sphæræ geographicæ aut similia, quæ pater filio ad promovenda ejus studia comparavit, quoniam horum sumptuum utilitas perpetua est, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges adversantur: ac proinde in dubio pater videri non debet voluisse hæc filium habere præcipua *per Nov. 18. c. 6.*

5. Quinetiam ad evitandam istiusmodi inæqualitatem, ubi alii quoque studiorum sumptus æquo ampliores sunt pro modo facultatum patris, collationi locum esse ex præsumpta patris voluntate censet *Tulden. ad C. hoc tit. n. 11.*

6. Adeoque pro generali axioma a DD. traditur, toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra collationem nimia oriretur inter liberos inæqualitas. *arg. l. pen. in fin. C. hoc tit. Alexand. in l. si donatione. 13. n. 22. C. eod. Dec. n. 42. post Bald. & alios. Horat. Luc. de priv. scholar. priv. 27. n. 10. ubi & plures laudat: quando autem talis inæqualitas emeritura sit, id judicis arbitrio committendum esse existimat cum Curt. Fun. in l. filia. 12. circa fin. C. eod. per l. quæsitum. 12. §. idem respondit. 43. vers. sed & ipse Papinianus. ff. de instrum. vel instrum. l. g. l. filia. 43. de legat. 3. l. 2. §. 2. ff. hoc tit. Semper tamen necessaria alimenta, quibus filius indigisset domi retentus, eximenda collationi, quia hætenus nihil amplius impensum in eum, quam in alios. *arg. l. alimenta. 1. C. de neg. gest. Perez. C. hoc tit. n. 12. Hæc autem omnia ita, nisi de contraria voluntate patris appareat: & multum in hac etiam re apud Practicos valet arbitrium judicis. Wesenb. cons. 80. n. 14. p. 2.**

7. Ex usu autem fori nostri, ut accepi, certa etiam horum sumptuum collatio est, nisi pater testamento aut alia testatione voluntatis suæ aliter se velle declaraverit, propter *art. 19. Ord. Polit. ibi, ofte diergelyke.* quanquam ex illis verbis hoc minime sequitur, & forte melius est, ut adhibeatur distinctio superior.

8. Quid si filius pecuniam studiorum causa sibi missam a patre in luxu aut alea dissipavit? Puto conferendam esse: quin non sunt impensæ studiorum, quæ ea non juverunt, sed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui aliam ob causam misit, refragari videtur: cui etsi forte objici potuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquisierit, hoc tamen neque filio prodesse debet, nec aliis nocere. *arg. l. auxilium. 37. in fin. de minor. Accedit, quod ex pecunia ita profusa nec decus, nec præsidium ullum vel respub. vel coheredes expectant, atque ita deficiat causa favoris & privilegii. ita recte meo judicio Greg. Tholof. 46. synt. 8. n. 7. Tulden. ubi supra, n. 12. post Nemauf. quæst. 18. & DD. ibid. citatos.*

9. Porro collationi non subjicitur lytron, quod pro redimendo ab hostibus filio pater solvit: nam justa tristissimi casus miseratio præsumptionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi, id esse præstitum. *arg. l. liber captus. 17. C. de postlim. rev. facit arg. in l. 1. C. de neg. gest. Gomes. ad legem Tauri. 29. n. 19. Tulden. ubi sup. n. 12. Perez. ad C. hoc tit. n. 12.*

10. Ne id quidem collationi subjici, quod pro filii delicto pater exsolvit, vult *Gomes. ad d. l. Tauri. 29. n. 20.* quasi & illud pietatis causa patrem fecisse interpretari debeamus, quod vix est, ut probare possim. Nam odium delicti nec præsumptionem pietatis admittit, ut magis ex necessitate, in qua nemo liberalis est, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quasi donare filio voluerit, idque eum præcipuum habere. *Perez. & Tulden. ubi supra. Gilken. in auth. quod locum. n. 16. & seqq. C. h. t. Vafq. de success. resol. lib. 2. §. 19. n. 41. & l. b. 3. de success. creat. §. 30. n. 220. & seqq.*

11. Non

11. Non est autem dubitandum, quin collationi obnoxia sint & ea, quæ liberis data sunt ad sustentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio simplex non est, sed quodammodo necessitate cogente fit, quam ob causam nec revocari potest, dotique & donationi propter nuptias simillima est. De tali autem donatione accipienda sunt verba Leonis in fine *l. ut liberis*. 17. *C. hoc tit. congruit art. 29. Ordin. Pol. &* quidem nulla est hac de re controversia.

12. De illo vero quæsitum est, an quod pater uni ex liberis ob bene merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obsequiales, quæ remunerationem non merentur, sed puta propter singularis cujusdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit e manibus hostium &c. collationi subijci oporteat? Et magis est, ut subijci non debeat; quoniam hoc casu filius, non ut filius, meruisse donationem videtur, sed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere, *fac. l. 10. C. hoc tit. ibi extero jure*, id est, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob insignia in se merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adscribendum videtur, quam adventitio, tanquam partum præcipua quadam industria atque opera filii. *arg. l. cum oportet. 6. pr. C. de bon. qua lib. in verb. qua ex liberalitate fortuna vel laboribus suis ad eum pervenerunt*. Et quid vero? si simplex donatio conferenda non est, quanto minus conferenda erit, cui etiam causam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? consulantur *Nemaus. quaest. 1. n. 3. Gomef. ubi sup. n. 23. & ad l. Tauri. 29. n. 23. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 47. & seqq. Sichard. in auth. ex testamento. n. 15. C. hoc tit. Greg. Tholos. 46. syntagm. 8. n. 13. Ant. Fab. C. suo hoc tit. defin. 4. Decher. 2. diff. 6. n. 4. Gilken. in l. si donatione. 13. C. hoc tit. ubi etiam occurrit argumentis, quibus Menoch. lib. 3. præsumpt. 29. n. 11. in contrarium movetur: nec sunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia versatus sit, refelli queant.*

13. Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum est ad conciliandum alicujus personæ nobilioris matrimonium, sine quo alias id obtineri non potuisset. Nam cum id a conditione dotis aut donationis propter nuptias separari non debeat, utique etiam collationi subijciendum est, *arg. l. ut liberis. 17. C. hoc tit. D. Tulden. ibid. n. 9. Vall. conf. 44. & 70. lib. 4. Recedit ab hac sententia Fachinaus lib. 5. contr. 82. cum Gravett. conf. 85. Jo. Pet. Surd. conf. 143. sed parum considerate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare audeat, quin hujusmodi donatio quam simillima sit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Conterndit Fachinæus ideo conferendam non esse, quia non descendit ex necessitate obligationis, sicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam causam donari solent citra donandi necessitatem, quæ nihilominus sunt conferenda: qualia sunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant: sufficit enim ad onus collationis, non simpliciter, sed ob causam donata esse. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias semper adjunctam habent dandi necessitatem: nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l. 5. §. si d si fil. 7. ff. de agnos. lib. 1. §. Papinianus. 12. l. si res. 51. ff. de jur. dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur. *l. neque mater. 14. C. eod.* & tamen si pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc casu conferenda sit. Denique & hæc quo-*

que donatio ex necessitate aliqua proficiscitur, non quidem absoluta & præcisa, sed ea tamen, quam Dialectici appellant necessitatem consequentiæ, *Cicero lib. 2. de invent. necessitatem cum adjectione.*

14. Si quid a patre datum vel promissum sit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiscendæ gratia, id æquum est filium habere præcipuum, nec in collationem venire, scilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipse filius sustinere cogitur. *l. 1. §. sed an id. 16. ff. hoc tit. & ibi Gloss. & Bart. Cujac. 3. obs. 30. fac. l. filia. 20. §. idem scribit. 6. ff. sum. ereisc. l. ex parte. 39. §. 3. cod. l. Lucius. 21. §. 3. ad municip. Græci αὐτῇ δόξῃ τῇ, ἀλλὰ τοῖς οἰ ἀξίω μόνον.*

15. Quo argumento etiam recte defenditur nec sumptus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut Licentiæ, conferendos esse: quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad successores filio mortuo transfinitur: & præterea annulus, toga, & si quid simile filio datum, id instar est castrensis peculii: de quo uberius supra c. 10. Non est contrarium, sed longe diversum, quod Justinianus *l. pen. pr. C. hoc tit.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occasione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus est is, qui militiam meruit. Nam separanda hic est militia a dignitate.

16. Militia apud Justinianum & passim apud nostros significat functionem quandam ordinarios & certos redditus e publico habentem, ex qua lucrum quæsitum nec castrensis, nec quasi castrensis peculii loco est: cujusmodi functio eorum fuit, qui a memoria, a libellis, ab epistolis erant, & reliquorum officialium sacrorum scriniorum. *l. si quis. 11. C. de proxim. sacr. scrin. lib. 12.* Qui uno verbo appellantur statuti, quia eorum numerus certus statutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l. unicuique. 7. & d. l. 11. C. de proxim. sacr. scrin.* Atque hujusmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communi scholæ placito, certam summam heredibus ejus aut uxori, pro solatio militiæ amissæ præstabat is, qui surrogabatur. *l. ult. C. de pign. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test. d. l. 7. & d. l. 11. C. de proxim. sacr. scrin.* quod commodum casus militiæ & simpliciter ex casu appellatur. *d. l. ult. C. de pign. Nov. 53. c. 5.*

17. Hoc igitur vult Justinianus *d. l. pen. C. hoc tit.* conferendum esse lucrum, quod ex hujusmodi militia vendibili & propter casum quodammodo transmissibili, uni heredum ex pecuniis defuncti acquisita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impensis, ut bene *Alex. & Jas. fac. d. l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test.*

18. Scripsit de militiis ex casu Lælius Taurellus, sed sententia ejus, quod creditur esse aliquas militias ex casu, arg. *d. l. ult. C. de pign.* merito displicet Cujacio ad *d. Nov. 53.* Nulla enim est militia ex casu: neque de militia in *d. l. ult.* agitur, sed de iis, quæ dantur ex casu sive propter casum militiæ, id est, ex eo, quod militia caduca facta est morte militantis, seu, ut loquitur Anastasius in *d. l. 11. C. de proxim. sacr. scrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui casus recte dicitur, quemadmodum deficiente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Res ipsa loquitur non possideri militiam ex casu, nisi ideo, quia ex casu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emptione. Hoc autem sensu omnes militiæ ex casu dici possunt, atque adeo omnia jura rerum nostrarum.

19. Quidam inter quos & *Gilken. in auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 61.* putaverunt militiæ nomine significari commoda & salaria, quæ percipiuntur ex publico: sed falso:

falso: nam ipsa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l. Lucius. 22. de legat. 2. l. his verbis. ult. alias pen. §. 3. de legat. 3. l. creditor. §. 2. ff. de act. empt. l. omnimodo. 30. §. ult. C. de inoff. test. cum similib.* Sed hæc obiter & tanquam *ἐπιπαράγωγα*.

20. Sufficit autem ad collationis necessitatem, rem, quæ data est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, a patre uni ex liberis emptæ, dummodo vendi possit, licet ad heredes non transiret. Et ex contrario conferenda est res a patre emptæ, modo ad heredem transeat, licet vendi nequeat, quale est feudum; cujus proinde æstimatio conferri debet, per text. in *l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test. Nemaus. quæst. 28. Costal. ad l. quæ pater. 50. ff. fam. erc. post Bart. ad l. 1. §. nec castrense. n. 6. ff. hoc tit. Menoch. conf. 919. Tulden. in C. hoc tit. n. 12.*

CAP. XIV.

De collatione lucri, quod filii industria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per speciem ultima voluntatis.

SUMMARIUM.

1. *Lucri industria filii parti, quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum assignandum filio.*
2. *Confirmatio hujus sententiæ adversus eos, qui totum conferri volunt.*
3. *Adversus eos, qui totum tribuunt filio.*
4. *Ea sola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæsita sunt conferenti.*
5. *Legata, fideicommissa, & mortis causa donationes non subjici collationi.*
6. *Sententia l. pen. pr. C. hoc tit.*
7. *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

DE iis, quæ filius labore suo atque industria lucratus est, non convenit inter juris interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat simpliciter *Nemaus. quæst. 27.* & ab eo laudati *Imol. & Alexand. contra Ant. Faber dec. 41. err. cum Gloss. in l. cum oportet. 6. pr. C. de bon. quæ lib. simpliciter affirmat.*

1. Bartolus autem in *d. l. 6.* mediam sententiam sequitur, dimidium lucri filio assignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui sententiæ etiam subscribit *Gilken. ad l. pen. n. 10. & seqq. C. hoc tit. post Angel. Roman. Castr. & alios, quos ibid. refert & probat; placetque eadem sententia Bachovio ad Treutl. disp. de collat. thes. 6. Fachin. 5. contr. 83. Vasq. lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 46. Grass. lib. 2. rec. sent. quæst. 8. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. des success. rubr. 7. §. 5. n. 52. & rationem habet. Etenim consideratio proportionis, quæ esse debet inter pecuniam & operam (utriusque enim ratio habenda est) postulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum est, & pater ipse facere potuisset; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *arg. l. 6. pr. C. de bon. quæ lib.* ubi pro adventitio habetur, quod filius suis laboribus acquisivit: quod minus commode restrinxeris ad talem casum, quo nulla pecunia patris intervenit.*

2. Quod vero ibidem ait Justinianus profectitium esse, quicquid ex re & substantia

pa-

parris provenit, id intelligendum omnino est de rebus ipsis, quas pater dedit, vel quæ recta & quasi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabria fructuario & proprietario, item a domino & bonæ fidei possessore servi ad patrem & filium non procedit: alioquin etiam quicquid filius ex laboribus suis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d. l. cum oportet. C. de bon. quæ lib.* quod & *Bald.* jam olim in *ead. l.* animadvertit. Denique nec ponimus jus societatis inter patrem & filium, sed *διαλογίη*, propter operam & industriam filii: nec intelligimus operam qualem qualem, aut simplex filii factum, veluti si pecuniam patris fœnore locaverit, quod etiam ipse pater verosimiliter facturus fuisset; sed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quasi ex se producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam existimant, ut *Bald. in d. l. cum oportet. Alex. in d. l. pen. n. 10.* quæ sententia vi ipsa eadem est cum superiore. *add. species, de quibus Joan. a Sande. decis. Frisic. 2. tit. 7. defin. 3.*

3. Porro prima sententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita differunt; Rationis est, ut ejus quoque sit lucrum, cujus est periculum: at si filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit, dolove malo perdidit, ejus est periculum & conferre tenetur. *l. 1. §. pen. l. 2. §. 2. ff. hoc tit.* Nam aliud est decoquere, aliud periculum sustinere: & disputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum dissipante. Si negotium bona fide susceptum ex voto non successerit, aut si quid sine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4. Ea autem sola in collationem veniunt quæ tempore mortis ejus de cujus successione agitur, jam quæ sita sunt conferent: in post quæ sita ratio collationis tam novo, quam veteri jure cessat. *l. 1. §. si ab ipso. 19. d. l. 2. §. 2. l. pen. cum Gloss. ff. hoc tit. l. 6. l. si donatione. 13. §. l. n. c. emancipati. 15. C. eod.* interpres Græcus, *οἱ ἀδελφοὶ καὶ οἱ παῖδες ἐκείνων συνεισφέρουσιν τοῖς ἀδελφοῖς, ὅσοι εἶχον ἐκ κληρῶ τῆ πατρὸς ἢ τῆς μητρός. ἂν ὅτι τῶν ἐκπατρίστων, ἢ συνεισφέρουσιν.* id est, ea demum emancipati filii fratribus suis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato concessit. Si quid vero postea quæsierint, id nequaquam conferunt.

5. Et igitur collationi subiecta non erunt legata & fideicommissa a patre relicta, quoniam demum post ejus mortem acquiruntur. *l. a patre. 10. l. filia. 12. l. filiam. 16. C. hoc tit. Gloss. Cyn. Bart. Castr. in l. pen. C. eod.* & alii ibid. relati & probati a *Gilken. Perez. ad C. hoc tit. n. 14.* Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis causa conferri debet. *Nemaus. quæst. c. 6.* Cæterum negotium facili *l. pen. C. hoc tit.* ubi Justinianus generaliter definit, ea conferenda esse, quæ imputantur in legitimam. Atqui constat legata & fideicommissa, item mortis causa donationes in legitimam imputari. *l. si quando. 35. §. 2. C. de inoff. test. l. si non mortis. 25. pr. ff. eod. §. 3. §. ult. Inst. eod.*

6 Respondendum est, non eam fuisse mentem Justiniani, ut ea etiam, quæ post obitum parentis demum acquiruntur, qualia sunt legata, fideicommissa & mortis causa donationes, conferri voluerit contra formam constitutionum priorum, quamvis & ipsa subiciantur imputationi, sed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex substantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito testamento ad illud sustinendum imputarentur in legitimam: qualia sunt dos & donatio propter nuptias. *l. quoniam. 29. C. de inoff. test.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur. *d. l. si non mor-*

mortis. 25. pr. ff. eod. d. l. si quando. 35. §. 2. C. eod. l. pen. §. 1. C. hoc tit. quæ dari solent liberis, ut se exhibeant, & familiam sustentent, negotiationem exercent &c. per *l. ut liberis. in fin. C. hoc tit.* lucrum, quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis quæsitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur. *l. omnimodo. 30. §. 2. C. de inoff. test. d. l. pen. pr. hoc tit.* & si qua sunt similia, quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur. Denique de legatis, quæ testamento relinquuntur, conferendis, Justinianum non sensisse, vel ex eo intelligi potest, quia loquitur de successione ab intestato.

7. Cum igitur ea sola conferenda sint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non quæ demum post mortem patris ei obvenirent quæsitum est, si quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater*, quid de specie hujusmodi dicendum sit. Et siquidem hoc legatum sic interpretari oporteret, ac si post mortem patris relictum esset, haud dubie in collationem non veniret. *l. pen. ff. hoc tit. l. 15. C. eod.* sed quoniam placuit moriendi momentum vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors si non semel tota est, non est. *§. post mortem. 35. Inst. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non post mortem patris demum, sed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuisse interpretamur: ac proinde recte responsum ab Ulpiano est, legatum ad eum modum relictum conferri debere. *l. 1. §. si emancipato. 18. ff. hoc tit.* Quid igitur est, quod idem jurisconsultus in *d. l. 1. §. si ab ipso. 19.* scribit, patre herede instituto & ab eo fideicommissum relictum filio emancipato, cum ipse pater morietur, id fideicommissum, quasi post mortem patris acceptum, a filio non conferri? Respondeo cum Cujacio id referendum esse ad jus antiquum fideicommissorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter post mortem quoque heredis relinquerentur. *Ulpian. fragm. de fideic. §. 6. l. 5. §. 1. de leg. 3.* in eis servatam non fuisse subtilem illam verborum differentiam; atque illa verba, *cum morietur heres*, sic accepta, ac si apertissime post mortem heredis fideicommissum relictum fuisset. *Cujac. 3. obs. 34. fac. l. 11. §. si filio. 10. de legat. 3.*

CAPUT XV.

De collatione simplicis donationis.

SUMMARIUM.

1. Donatio simplex regulariter non confertur.
2. Duobus duntaxat casibus donationem simplicem conferri, & quibus.
3. Non confertur facta filio in potestate constituto.
4. Donatio simplex facta filio in potestate & veteri jure & novo morte patris convalescit.
5. Novo jure sic convalescit, ut etiam retrahatur.
6. Objectiones quædam hominum male feriatorum.
7. Harum objectionum solutio.
8. Explicatio *l. 13. C. hoc tit.* missa emendatione Fabri & Fachinai. & n. 9.
10. Verbo donationis in persona patris interdum significari dationem in peculium, atque hoc in dubio præsumi, nisi alio trahant conjectura.

Y

II. Filii

11. *Filium emancipatum non conferre donationem simplicem a patre acceptam fratri itidem emancipato.*
12. *Argumenta quibus stabilitur sententia eorum, qui donationem simplicem conferri volunt fratri in potestate retento.*
13. *Afferitur sententia contraria, conferendum sc. non esse.*
14. *Solutio superiorum argumentorum.*
15. *Concluditur generaliter, donationem simplicem a nemine liberorum nemini e liberis conferri duobus casibus exceptis.*
16. *Apud Zelandos, Burgundiones, & in pleraque Gallia etiam donationis simplicis a liberis fieri collationem.*

NIL minus expeditum in hac disputatione est, quam quid dicendum sit de collatione donationis simplicis, an & ipsa & quando in collationem veniat.

1. Ego sic sentio, donationem simplicem in liberos a parentibus factam in divisione hereditatis paternæ regulariter non conferri, sed præcipuam sive propriam retineri ab eo, cui facta est; dummodo constet patrem, qui filio in potestate quid tradidit, id ei non in peculium concessisse, sed simpliciter donare voluisse.

2. Hujus autem rei luculentum argumentum est in *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* ubi Justinianus duos tantum casus excipit, quibus placet donationem etiam simplicem conferri. 1. si donator hanc legem tempore donationis suæ liberalitati dixerit, 2. si alter e liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præsumitur compensationis cujusdam vice, ut par esset liberorum causa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem simplicem contulisse. His itaque casibus, qui singulares sunt, exceptis, donatio simplex non conferetur. Et admittunt hoc plerique, si donatio facta sit a matre avove materno; sed dubitant, an idem sit dicendum, si ea facta sit a patre filio, sive in potestate constituto, sive emancipato; quoniam priore casu donatio non valet propter jus potestatis; posteriore autem casu conferenda videtur, per *l. ut liberis. 17. in fin. C. hoc tit. l. 1. ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, textum in *d. l. pen. §. 1.* indistincte loqui, & initio *d. §. 1.* expressim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias a patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3. Sed operæ est, rem totam paulo diligentius excutere. Constat ex *l. 2. C. de inoff. donat.* quæ Valeriani & Galliæni est, jure quoque veteri donatum a patre etiam liberis in potestate existentibus, præcipuum officio arbitri familiæ eriscundæ liberis adjudicatum fuisse, nec in communem venisse hereditatem: quod & ipsum quoque Imp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt *l. filia. 18. C. fam. erisc.* & confirmat locus Pauli *lib. 5. sent. 11. ubi* scribit, si pater filiosam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perseveraverit, morte patris convalescere donationem. Hoc autem posito necessario sequitur, donationem simplicem nec filio in potestate constituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id est, non confertur: cur enim ita cum posteriori ævo non loquamur, contempto cenforio Antonii Fabri *dec. 40. supercilio?*

4. Quod vero vivo patre inutilis sit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam esse, sed potius contrarium, quia post mortem patris utilis esse incipit; nam & olim morte

morte patris sic convalescebat, ut arbitrio iudicis familiæ eriscunda præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam sine tali adminiculo convalescit rataque habetur solo patris silentio. *l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & ux.* Absurdissimum autem est dicere, donationem post mortem patris convalescere ratamque haberi, & tamen conferendam esse: quod vi ipsa nihil aliud est, quam si dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5. Quamvis autem donatio simplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrahatur ad id tempus, quo facta est; tamen quia non confirmatur nisi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium est, ut non veniant in collationem: sed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui. *Ant. Fab. dec. 40. err. 3. Perez. C. hoc tit. n. 17.*

6. Sed nonnulli sic instant: Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur. *l. pen. pr. C. hoc tit.* Atqui donatio simplex a patre facta filiofam. imputatur &c. Rationem assumptionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda sit pro donatione mortis causa: quæ autem donatio pro mortis causa donatione est, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem. *arg. l. cum hic status. 22. §. 1. ff. de don. int. vir. & ux. junct. l. ubi ita. 27. ff. de mort. ca. donat.* Donationis autem factæ liberis in potestate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur esse ratio, maxime post *d. l. 25. C. de don. int. vir. & ux.*

7. Respondeo, tot hic sunt peccata, quot propositiones & assumptiones. Nam primum illa principalis propositio, *Quæ imputantur in quartam &c.* non est universalis, ut ostendi *cap. præced.* exemplo legatorum & fideicommissorum, quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falsa est illa assumptio, quod donatio simplex liberis imputetur in quartam. *l. si non mortis. 25. ff. de inoff. test. l. si quando. 35. §. 1. & 2. C. eod.* Tertio falsa est & ratio assumptionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis causa sit habenda. Quin & posito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda sit, vel ex hoc solo efficitur, non esse conferendam: quoniam mortis causa donatio, licet & ipsa in quartam imputetur, in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap. præc.* liquet. Postremo & utrumque illud falsum est, quod hæc donatio plane similis sit donationi inter virum & uxorem; & quod donatio inter conjuges simpliciter comparanda sit cum donatione mortis causa. Sed piget hujusmodi ineptiarum.

8. Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod scriptum est in *l. si donatione. 13 C. hoc tit.* filiafam. contra jura postulare, ut fundum sibi a patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus *5. contr. 80.* utitur remedio violento, pro, *si is filiafamilias constituta tibi*, ut habent omnes codices in *d. l. 13.* reponebat, *filiafam. non constituta.* Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non constitutus*, pro *emancipatus*, etiam illa phrasis, *præcipuum habere*, quæ de liberis in potestate existentibus fere usurpari solet, istam emendationem respuit. Sed & ea admissa etiā hoc admittendum, donationem simplicem a liberis emancipatis conferri oportere: quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; sed falsum esse paulo post demonstratum ibimus. Antonius Faber *d. dec. 40. err. 1.* ut hunc scopulum evitet, aliter textum *d. l. 13.* corrigendum putat, & pro

verbis, a patre donatus, vult substitui, a matre: aut illud, a patre, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9. Sed videamus, an non commoda aliqua conciliatio afferri possit citra emendatrices manus. Quid enim si cum *Duar. ad C. hoc tit. c. 2. Perez. n. 17. Alber. de Rosat. in d. l. 13. n. 1.* & aliis quibusdam veterum, dicamus interesse, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium esset, atque in ea voluntate perseveraverit; an vero non ut ejus fiat proprium, sed ut sit apud filium, tanquam res peculiaris, & quasi peculii loco: ac priori casu quod donatum est, non conferri, secundum *l. 18. C. fam. etc. l. 2. C. de inoff. donat.* posteriori casu conferri, sive quod effectu idem est, in divisionem hereditatis venire: ac de tali casu *d. l. 13. C. hoc tit.* intelligendam esse? Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur: quamvis enim in *d. l. 13.* nulla fiat hujus distinctionis mentio, tamen non est novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eundem auctorem habet, ut *d. l. 18. & d. l. 13.* quæ utraque eorundem est Imp. Diocletiani & Maximiani. Estque æquissima hujus distinctionis ratio, quoniam in donationibus hujusmodi spectanda maxime est voluntas patris, volueritne quod donatum est ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id est, conferri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum est, id conferendum erit; quia non eo animo datum est, ut id filius præciperet: secus si donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10. Movere neminem debet, quod in *d. l. 13.* proponitur simpliciter, fundum a patre donatum esse, nulla mentione facta peculii: nam apud nostros non est inusitata etiam simplex verbi *donare* usurpatio, pro *in peculium dare*: ita enim donandi verbum usurpatur in *l. donationes. 31. §. 1. & 2. de donat. l. per servum. 37. §. 1. l. quod usufructuario. 49. de acq. rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio consistat, præsumptionem inducit potius concessionem quandam in peculium factam esse, quam simplicem donationem, utique nisi ex conjecturis & circumstantiis appareat, voluisse patrem, quod dedit, filii proprium esse: veluti in specie *l. filia. 18. C. fam. etc.* ubi proponitur pater nomine filia rem comparasse, eique postea tradidisse, quod non fecisset, nisi eam rem penes filiam remanere voluisset. Neque enim hæc facta per omnia sunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare; & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emptamque deinde donationis causa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior simpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam *Cujacio 3. obs. 30. Fabro d. dec. 40. err. 1.* nihil inter ista interesse in aliis personis; in patre tamen & filio distinctio hæc momentum habet, ubi alias datio in peculium præsumi posset, *fac. l. 2. & 3. C. si quis alt. vel sib.* fortassis in hujusmodi negotio & rei qualitas, seu valor & æstimatio considerata, ut in modica præsumatur donatio, in magna potius in peculium concessio, veluti in specie *d. l. 13.* ubi de fundo agitur: quod consideravit *Salic. in d. l. 18. C. fam. etc. n. 12.* Atque hæc sententia, quod nec filii sui heredes donationem simplicem conferre teneantur, etiam interpretum nostrorum communis est. *Nemaus. quæst. 1. Sapor. n. 93. & seqq. Vassq. 2. de success. resol. §. 19. n. 60. Sichard. auth. ex testamento. n. 5. & seq. ad C. hoc tit. Gilken. ibid. n. 8. & seq.* & hoc vi ipsa etiam fatetur *Ant. Fab. dec. 40. error. 1. & pass.* dum quod ita simpliciter filios a patre donatum est, ait in divisione hereditatis præcipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi significationem præfraſte urgens.

11. Non

11. Non minor quæstio est, an conferenda sit donatio simplex facta filio emancipato: non tamen tam, an a fratre emancipato, cui facta est, conferenda sit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo iusta est dubitandi causa, sive de jure veteri quæritur, quo inter emancipatos collatio non erat. *l. 9. C. hoc tit.* sive de novo, propter *l. pen. §. 1. C. eod.* sed an conferenda sit fratri in potestate patria retento, quod plerique affirmant, *Alber. de Rosat. in auth. ex testam. n. 2. C. h. t. Nemauf. quæst. 1. n. 4. Saport. 102. Fachin. 5. contr. 80. Gilken. ad l. pen. C. hoc tit. n. 28.* pluresque alii ab his citati. *Ant. Fab. dec. 40. err. 2.*

12. Firmamenta hujus sententiæ præcipua, quæ afferunt, sunt hæc. 1. Quod olim emancipati fratribus suis in potestate retentis omnia conferebant, *l. 1. ff. hoc tit.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l. ut liberi. 17. in fin. C. eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore præcedentium legum injungitur collatio eorum, quæ in ipsa emancipatione vel postea a parentibus suis consequuntur: quæ definitio cum generalis sit, utique etiam simplicem donationem complectatur. 3. Proferunt *Nov. 18. c. 6.* ubi Justinianus vult servari inter liberos æqualitatem, urgentque simul illa Imperatoris verba, *res præter dotem forte, aut alio modo datas*, quasi his etiam significetur donatio simplex.

13. Cæterum contraria sententia dicentium ne ab emancipato quidem exigendum, ut donationem simplicem conferat fratribus suis heredibus, quæ & Vasquio *ubi supra n. 25.* & quibusdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil est, quod magis repugnet voluntati simpliciter & absolute donantis, quam ut, quod ita donat, subjiciatur collationi: nisi forte ipse hanc legem liberalitati suæ dixerit. *l. pen. §. 1. C. hoc tit. arg. 1. si non mortis. 25. ff. de inoff. test.* Atque hanc ob causam etiam jure veteri, quo emancipati suis omnia alia conferebant, non tamen conferebant simplicem donationem, quam a patre acceperant, propterea quod, ut dixi, nihil tam alienum est a voluntate inducendæ collationis, quam absolute donare: ad impediendam autem collationem sufficiebat vel tacita patris voluntas. *l. filia. 18. C. fam. ere. l. ex parte. 39. §. 1. ff. eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos suis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita se habere patet ex *l. 2. C. de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne suum patrimonium effusa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & respondetur, siquidem is filius in potestate fuit, arbitri familiæ eriscundæ officio congruere, ut sorori ejus filiæ defuncti quartam partem debitæ ab intestato portionis præstet incolunem: si vero fuerit emancipatus, tunc filiæ succurrendum esse querela inofficiosa donationis, per quam donatio tanquam inofficiosa, quatenus modum legitimum excedit revocetur. Ex quo manifestum est neutro horum casuum donationem simplicem subjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia consequitur: *l. 5. l. 7. l. 8. C. d. tit.* cum alias si frater collatione fungeretur, integrum semissem totius hereditatis paternæ auferret. Ad hæc cum id, quod de donatione simplici non conferenda, nisi duobus casibus, constituit Justinianus in *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* ad donationem a quocunque parente sine distinctione potestatis aut sexus ad liberos quoscunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d. §. 1.* quo colore excipimus emancipatos in successione concurrentes cum iis, qui in potestate manserunt?

14. Ex his, quæ diximus, simul apparet, quid respondendum sit ad primum contrariæ sententiæ argumentum, nimirum absolute verum non esse, quod asserunt; sed semper exceptam fuisse simplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis. *per l. ex parte. 39. §. 1. ff. fam. ere. junct. l. filia. 18. C. eod. l. 2. C. de inoff. don. l. pen. §. 1. C. hoc tit.* Ad secundum respondeo, clausulam illam in fine *l. ut liberis. 17. C. eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum, ea, quæ in ipsa emancipatione &c. acquisierint, collaturis*, ideo a Leone adjectam esse, ne quis putaret solam se dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle; alia autem aliam ob causam a parente, de cujus bonis dividendis agitur, accepta, quæ secundum tenorem præcedentium legum & ipsa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita a patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure simplicis donationis, sed ut data ob causam, ut scilicet se exhibere, familiam, quam instituunt, sustentare queant. Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio fit, quia in eos, qui in potestate manebant, hujusmodi donationes conferri non solent; quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obscure indicant hæc verba constitutionis, *ut adsolet fieri*. De simili quoque donatione accipienda est *l. 1. C. hoc tit.* ne alias quis ex sensu contrario argumentando putet donationem simplicem testamento non facto ab emancipatis conferendam fuisse: quanquam nec argumentum a contrario sensu peritum, præsertim ex rescriptis Imperatorum, semper procedit. Tertiū argumenti, ex *Nov. 18. c. 6.* sumpti, si vis ulla esse debeat, in universum concludi oporteret, simplicem donationem a quibusvis liberis, & quibusvis liberis sine ulla distinctione conferendam esse, nisi expressim fuerit remissa collatio: nam illa constitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confesso est: nec illud minus in confesso est, non omnes liberos adstringi necessitate conferendi simplicem donationem. Vult quidem Justinianus æqualitatem inter omnes liberos servari: cæterum excipiendum est, nisi parens ipse unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum & ut proprium, veluti si cui quid simpliciter donaverit. Illa autem, verba, *d. Nov. τὴν καὶ πατέρα τοῦτον ἢ καὶ τὴν μητέρα*, quæ dotis causa forte, aut alio modo dantur, non includunt donationem simplicem, sed intelligenda sunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam similem causam facta, tanquam ex aliqua necessitate, ut in specie *l. ut liberis. 17. in fin. C. hoc tit.* Denique etsi concederemus emancipatos jure antiquo etiam simplicem donationem contulisse; ex novi tamen juris ratione, quod solam spectat æqualitatis inter liberos conservationem, aliud dicendum foret: quippe cum non minus emancipati sint liberi, quam in potestate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili succedunt: ac proinde si hic emancipatos munus collationis sustinere volumus, æqualitatis ratio suadet, ut nec sui præcipiant, quod ipsis a patre donatum est: aut si hoc iis concedimus; nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15. Ut igitur tandem concludamus, sic generaliter definimus, simplicem atque absolutam donationem, a quocunque parente facta sit cuicunque e liberis, a nemine liberorum nemini e liberis conferri, extra duos illos casus, quos supra memoravimus, scilicet si aut hæc lex donationi dicta sit, ut conferretur, aut necessitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l. pen. §. 1. C. eod.* Atque hæc etiam Nicolai de Materell. multorumque aliorum veterum sententia fuit, testibus Baldo in
auth.

auth. ex testamento. C. hoc tit. n. 2. & Nemaus. quæst. 1. n. 5. eamque probant Vasquius lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 25. Socin. jun. lib. 1. cons. 54. n. 5. Philip. Dec. ad d. l. pen. & Jac. Menoch. in. addition. ibid. pulchre Ant. de Amat. ad l. 9. C. hoc tit. n. 156. & seqq.

16. Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indistincte etiam simplicem donationem a parentibus acceptam conferre tenentur. *Zeland. art. 22. præf. Everh. cons. 183. n. 10. & idem etiam obtinet apud Burgundiones nisi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 41. & seqq. & juri consentaneum esse, postquam sublata sit suitatis & emancipationis differentia, putat Molin. ad Dec. in auth. ex testamento. C. hoc tit. & cons. 59. n. 4. & ita usu in Gallia servari scribit: eamque sententiam aliquando secuta est Curia Mechliniensis, teste Christin. vol. 1. decis. 178. n. 11.*

CAPUT XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1. Quomodo re fiat collatio.
2. Utrum rem ipsam, quæ data est, conferri necesse sit, an satis sit conferri æstimationem.
3. Res ipsa in specie regulariter conferenda.
4. Quid juris, si res alienata sit.
5. Quid si necessitas rei ipsius conferendæ nonnihil injuria secum trahat.
6. Quomodo cautione fiat collatio.
7. Quid si quis ob inopiam cavere nequeat.
8. Quando opus aut non opus cautione.
9. Notatur circa modum conferendi discrimen aliquod inter jus vetus & novum.
10. Collatio fit deductis impensis necessariis, & sine usuris ac fructibus.
11. Improbatur ratio quædam ad hoc allata a Christinæo.
12. Collatio fit pro portionibus hereditariis.
13. Insignis circa hanc rem distinctio, præcipue ex ratione juris veteris.
14. Qui non adspirat ad successionem, ad collationem urgeri non potest: notabili limitatione.
15. Non conferentis quæ sit pœna.
16. Si per errorem divisio facta sit omissa cautione, adhuc tamen peti posse, ut collatio fiat: & quo remedio.

VIDEAMUS nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma seu modo collatio fiat, tum quæ sit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri potest & solet, re ipsa, & cautione; sic enim nostri loquuntur. *l. 1. §. jubet. 9. §. quamvis. 11. ff. hoc tit.* quamvis proprie qui cavet sive fidejussoribus sive pignoribus, non confert, sed de conferendo securos facit coheredes.

g. Re-

1. Re fit collatio, cum fratres vel sorores bona conferenda cum fratribus & sororibus actualiter dividunt. *d. l. 1. §. quamvis.* vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi essent. *d. l. 1. §. sed & si. 12.* Idemque est, si nomen paterni debitoris delegaverint, vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit. *d. l. 1. §. 12.* eumve, cui conferri oportet, liberaverint. *d. l. 1. §. pen. ff. l. 2. C. hoc tit.*

2. De illo quaeritur, utrum omnino rem ipsam, de qua conferenda agitur, in specie conferri oporteat, an oblatione æstimationis conferens defungatur. Et possit videri & edicto prætoris & constitutionibus, quæ æqualitatem tantum desiderant, abunde satisfieri, si conferatur rei æstimatis, quæ est tempore collationis. Neque huic sententiæ obstant *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. posthumo. 11. C. eod.* utique contrarium ex his elici posse non videtur: cum & ille bona sua vi ipsa conferat, qui confert æstimationem. Et hoc D. Tuldeno ad *C. hoc tit. n. 1.* placere video per *l. 1. §. sed & si. 12. ff. hoc tit.* cujus textus argumento etiam *Sichard. in rubr. C. eod. n. 18. post Corneum in l. 9. C. eod.* notat, in materia collationis hoc esse singulare, ut & species inter se, & cum pecunia compensentur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate pensatio fit, per *DD. in §. in bonæ. 30. Inst. de action. & in l. ult. C. de compens.*

3. Attamen ego in contrariam sententiam proclivior sum. Cum enim ex adverso ipsa corpora & species, quæ in bonis parentum manserunt, divisioni subiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda sunt, rationis esse videtur, ut sc. species ipsæ, quæ datæ sunt in medium conferantur, nec ad liberationem sufficiat præstare æstimationem; utique si altera pars diffentiat: nam inter consentientes quin æstimatio collata ad liberationem prodest, dubium non est; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio solvere licet. *l. manifesti. 17. C. de solut.* ac de tali casu textum in *d. l. §. sed & si. hoc tit.* accipiendum esse, patet ex eo, quod jurisconsultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo reve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut notum est, non nisi inter consentientes fieri potest. *Perez. in C. hoc tit. n. 19. Costal. ad l. si filia. 20. ff. fam. erisc. qui & ita judicatum memorat a Curia Parisiensi, ut & Papon. lib. 21. tit. 7. arrest. 1. add. Christin. vol. 4. decis. 2. n. 5. Ant. de Amat. ubi sup. n. 131. & seqq.*

4. Plane si heres rem collationi subjectam bona fide alienavit, nec in specie conferre potest, satis est æstimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur. *Costal. d. loc. vide & Christin. ubi supra.* ubi in hoc quoque casu Senatuum Parisiensem, idem censuisse refert. Putarem tamen si res vendita proponatur post mortem patris, conferendam esse eam summam quæ pro re accepta est, propter jus, quod jam coheredibus acquisitum erat.

5. Sed & si quo casu ipsius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æstimationis collatione recte defungi. Neque enim verbi causa, eo casu, quo libri conferendi sunt, existimo scholarem cogendum eos ipsos actualiter conferre, cum iniquum atque absurdum sit studioso auferre libros, in quibus jam propter diuturnum usum memoriam localem habet. *Salicet. in l. filia. 18. n. 15. Bald. in l. 5. C. ad sen. Mac. Horat. Luc. tract. de priv. scholar. priv. 30. & ita censuisse supremam Curiam Mechliniensem testatur Christin. ubi supra.* Idem dixerim, ubi nihil interest coheredum, æstimatio, an res ipsa conferatur, cum

Moli-

Molinao ad Dec. in l. 13. C. hoc tit. add. Ant. de Amat. ubi sup. n. 139.

6. Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejussores dantur, vel pignora: non enim satisfacto tantum, verum etiam pignoribus posse caveri de collatione placuit. *l. 1. §. jubet. 9. ff. hoc tit.* quamvis regulariter prætoriarum stipulationes satisfactionem desiderent. *l. 7. ff. de stip. prætor.* Si unus ex heredibus ante factam collationem decesserit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet aut e converso heredem ejus conferre aut cavere, & hoc est, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & passive transire ad heredes. *Gomes. ad l. 29. Tauri. n. 37. l. 2. pr. ff. hoc tit. & ibi Bart. l. si maritus. 14. C. eod. l. 1. §. ibidem. 8. ff. eod.*

7. Quod si forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum est, cum bona propria contulerit. *d. l. 1. §. si frater. 10. l. 2. §. ult. eod.*

8. Non est autem opus cautione, si inter liberos conveniat, quid sit conferendum; sed si inter eos sit controversia, num aliquid conferendum sit; tunc enim suspenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, si necesse erit. *Nemauf. c. 2. n. 24. Pet. Tholos. 46. syntagm. 8. n. 27.*

9. Olim cum sua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitrato ita fiebat collatio, ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum. *l. 2. §. 1. ff. hoc tit.* Et ea solum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxium erant, non quæ alienaverat; utique si citra fraudem & dolum, alias secus, *l. 1. §. confertur. 23. d. l. 2. §. 2. eod.* quod si id egisset, ne acquireret, collatio cessabat. *d. l. 1. §. 23. arg. l. 6. pr. & §. 1. cum 3. seqq. ff. quæ in fraud. cred. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. Azo in summ. C. h. r. n. 11.* Sed postquam certarum duntaxat rerum collatio esse cœpit, & tandem solum profectitiorum ob causam, si res ipsæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ sunt, æstimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum cessabit collatio, sed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur. *per l. 5. C. hoc tit. de quo etiam dictum jam ante est.*

10. Cum autem fit collatio, impensæ necessariæ, quæ in rem conferendam factæ sunt, deduci solent. *l. 1. §. cum dos. 5. ff. de dot. collat. ubi Gloss. & Bart.* fitque collatio simpliciter sine usuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias a parente accepit, is parenti successurus, debet quidem hæc cæteris ejusdem parentis liberis, cum quibus succedit, conferre: at non item fructus aut usuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud solum conferendum esse, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac sufficere, si res ipsa vel summa principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt. *l. 3. l. 4. l. 8. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. C. hoc tit. & pass. ff. de dot. collat. Christin. vol. 1. decis. 178.* ubi & supremam Curiam Mechlin. ita judicasse testatur, congruit *art. 29. Polit. Ordinat.* Et ratio hæc est, quia fructus dotis percepti non sunt dotis, sed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia. *l. 7. de jur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem causam pertinet, *fac. l. 1. §. sed an. 16. ff. hoc tit.*

11. Affert & hanc rationem *Christin. d. loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris, *per l. 6. l. filia. 12. C. eod.* fructus autem consumpti non sint in bonis. Sed si hoc argumentum

Z

pro-

procederet, etiam consumpta tota dote liberaretur filia a collatione, quod falsum esse patet ex *auth. quod locum. C. eod.* & dictæ *l. 6.* similiumque locorum non alia sententia est, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum post mortem patris acquirunt. De casu collationis rei dotalis faciendæ constante adhuc matrimonio dixi supra *cap. 12.*

12. Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quisque in hereditate habet, ita ut persona quoque conferentis numeretur, & partem faciat *l. 2. §. ult. l. 3. §. 2. ff. hoc tit. Nemaus. c. 2. n. 24. Duar. c. 3. hoc tit.*

13. Ex ratione autem maxime juris veteris distinguendum hic est, utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum possessione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad successionem admittatur. Fieri enim potest, ut qui testamento facto bonorum possessionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam si ab intestato accepisset, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce, si pater una cum filio in potestate extraneum heredem instituerit, hic nisi emancipatus præteritus bonorum possessionem contra tabulas petat, filius heres scriptus non aliam partem ex testamento patris, quam ex qua heres scriptus est, consequi poterit, nihilque ei conferet extraneus coheres. Emancipatus vero si accepta contra tabulas bonorum possessione extraneum removerit, quasi in locum ejus succedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex semisse verbi causa institutum esse, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, si extraneus scriptus sit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in potestate retentus. At si, verbi gratia, extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres scriptus est, hoc casu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum suorum conferet, sed non amplius *l. 1. §. 3. 4. ff. hoc tit.* ubi mire se torquent *Gloss. & Bart.* Quod si patre intestato mortuo ex parte edicti *unde liberi* bonorum possessio obtineatur, hoc casu collatio æqualis erit, ut quantam partem emancipatus fratribus suis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in potestate retentis: hic emancipatus singulis fratribus centum & sibi centum conferet; vique ipsa hoc perinde est, ac si solida trecenta cum hereditate patris confudisset, unde scilicet divisione facta centum ad ipsum reditura fuissent. Quod si quis interdum plus conferat, quam accipit, de se eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum possessionem omittere. *l. 2. §. si tres. 5. ff. hoc tit.*

14. Qui autem non affectat successionem, ad collationem urgeri non potest. *l. ult. ff. de collat. dot. l. ex causa. 23. C. fam. erisc.* ubi hoc notant *Bart. Bald. & Salic. Dua. c. 1. & 3. de collat. Christin. in leg. Mechlin. tit. 16. art. 3. n. 6. Præs. Everh. conf. 8. n. 2.* ubi tamen *n. 4.* notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi salvam habent suam legitimam portionem. Quod si futurum sit, ut isti alii liberi, connumeratis bonis, quæ omissa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa sua legitima parte consecuturi sint, tum eos jure desiderare posse, ut suppletio ex istis bonis ad modum legitimæ fiat, per *text. in auth. unde si patrens. C. de inoff. testam. facit tot. tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum a suprema Curia Mechlinienti refert *Christ. vel. 4. decis. 2. n. 4. sub fin. add. Gomes. in l. 92. Tauri. n. 34.*

15. Pæ-

15. Poena non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum possit, hæc est, ut ei denegentur actiones hereditariæ, quæ alias pro consequenda portione sua hereditaria ei competere, donec consilium mutet. *l. 1. §. si frater. 10. §. si cum duobus. 13. ff. hoc tit. l. 11. l. 14. C. eod.* Quod si is, qui collationem detrectat, sit in possessione rerum hereditiarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l. 8. C. eod. ubi Gloss. Cyn. Petr. & Jac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD. comm.* Si quis autem caverit, sed cautioni non steterit, committitur stipulatio, cum post interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapsum est, intra quod collatio commode fieri potuisset; & quanti ea res est, in tantam pecuniam condemnatur. *l. 5. in fin. ff. hoc tit. Nemaus. c. 2. n. 24. Perez. C. eod. n. 19. Wesenb. parat. eod. n. 6.*

16. Quid si per errorem jam facta sit divisio omissa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat. *l. 8. C. hoc tit.* quemadmodum & in calculo si error aliquis intervenerit, emendationi locus est. *l. un. C. de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam sententiam, sed ad minuendam & moderandam executionem & vires judicati. *Gilken. in d. l. 8. C. hoc tit. cum ibidem allegat.* ubi tamen *n. 5.* hoc ita procedere ex *Gloss. Alberic. Corn. Alex. & aliis* notat, nisi auditis partium, collationem petentium & renuentium allegationibus post causæ cognitionem sententia judicis intervenerit. *fac. l. 7. §. 1. ff. de compens.* Sed tunc dici non potest collatio omissa per errorem: & hoc ipsum ita quoque temperandum est, si non appellatione intra tempora præfinita interposita collatio petita fuerit. Cæterum quæstionis est, qua actione aut remedio post factam divisionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat. *Glossa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. in l. 8. C. hoc tit.* officium judicis hic requirunt. Et sane ad id confugiendum erit, si adhibito iudice divisio facta proponatur. Quod si omissa per errorem collatione sine iudice facta sit divisio, tunc putarem collationem postulantibus competere conditionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut si amplius illi datum fuerit, indebitum solvisse fratres intelligantur. *fac. l. si quis. 10. §. 1. ff. de compens. l. 5. §. pen. ff. de impens. in rem dot. fact. l. cum putarem. 36. circa fin. ff. fam. ercisc.*

CAPUT XVII.

De fine & effectu collationis.

SUMMARIUM.

1. Collatio initio introducta est minuendæ injuriæ gratia, quæ filiis in potestate retentis a prætore fiebat, admissis simul ad successionem emancipatis.
2. Postea solam æqualitatis inter liberos conservationem hic spectari cœpisse.
3. Æqualitatem hanc non arithmeticam esse, sed geometricam.
4. Bona collata & ipsa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.
5. Post collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri posse.
6. Pactum, quo necessitas collationis remittitur, quando validum.

Z 2

UNUM

UNUM adhuc superest, ut quæramus, quis sit collationis finis & effectus, hoc enim postremum est ex iis, quæ ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognita esse necessaria.

1. Ex iis, quæ supra differimus, præsertim cap. 2. intelligere possumus, collationem initio a prætore introductam esse minuendæ duplicis injuriæ gratia, quam sui heredes patiebantur, eo quod prætor una cum his ad bonorum paternorum successionem admittebat & emancipatos: nam ita & suis heredibus pars hereditatis paternæ, quæ horum tota erat jure civili, detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quæ sui heredes quæsierant, partem consequerentur emancipati cum & ipsi sibi omnia quærent, & quæ sita sibi retinerent. Cui utrique injuriæ obviam iverit prætor emancipatos, successionem patris una cum suis appetentes, ad bonorum collationem vocando. *l. 1. ff. hoc tit.*

2. Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque æqualis liberorum omnium causa in successione parentum intestata esse cœpisset, ad hanc æqualitatem inter liberos servandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuisse, ac tandem etiam tractum ad successionem ex testamento. Itaque nunc recte dicemus *de iure*, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc esse, ut servetur inter liberos æqualitas, eaque servata bona defuncti parentis una cum collatis inter eos dividantur. *l. ut liberis. 17. l. illud. 20. C. hoc tit. Nov. 18. c. 6.* Differt itaque collatio a divisione, ut antecedens a consequente.

3. Æqualitas autem hæc non est arithmetica, sed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda sunt, tantam quisque portionem accipiat, quanta ei vel dispositione testatoris, vel lege delata est: sic enim referenda est æqualitas ad id, quod relictum est; verbi causa, si unus ex liberis institutus sit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo crescit, unus tres uncias totius, alter novem accipiet, sibi que imputet, si quis minus accipiat, quam contulit, quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis. *l. 2. §. si tres. 5. hoc tit.* Quod si ex æquis partibus heredes scripti sint, æqualiter hereditatem dividunt, quamvis unus plus alio conferat, quia plus a defuncto parente acceperat: idemque est in successione intestata. Et ita in partibus diversis proportio est geometrica, quemadmodum in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos sibi invicem simpliciter substituerit. *l. 5. l. si plures. 24. ff. de vulg. & pup. subst. l. 1. C. de impub. & al. subst.*

4. Effectus collationis est hic, quod bona collata & hereditati communi permista, & ipsa hereditaria fiant, aut utique vi ipsa pro hereditariis habeantur: nimirum quæ ex bonis patris exierunt, nam de peculio profectio, quod in bonis patris manet & post mortem in hereditate ejus reperitur, hoc proprie prædicari non potest: quamquam intuitu naturalis possessionis & juris administrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio est, & fieri dicitur, de quo uberius differimus supra cap. 3.

5. Est & hic collationis effectus, quod post eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri possunt: nam etsi statim atque agnita hereditas aut bonorum possessio est, actiones istæ ipso jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonstratum est cap. superiore. Illud autem insubtile est, quod quidam ajunt, competere actiones, etiam si pacto hereditati renuntiatum sit. Prius enim de successio-

ne,

ne, quam de collatione aut actionibus quærendum est: & sicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, successorem esse oportet, ita ex adverso præpositere disputatur de collatione in persona ejus, qui successor non est.

6. Hæc autem est eorum mens & sententia, ante hereditatem aut bonorum possessionem delatam pacto effici non posse, ut quæ alias conferenda essent, non conferantur, at postea posse, & juri jam quæsito recte renunciari. *per l. pen. C. de pact. junct. l. ult. C. eod. l. 3. C. hoc tit. l. si quando. 35. §. 1. C. de inoff. test. l. ult. ff. de suis & leg. her. cum similib.* quod quidem verum est, sed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa successiones: de quibus *DD. in d. l. ult. C. de pact. & in l. stipulatio. 61. ff. de verb. oblig.*

ARNOLDI VINNII JC.
DE
TRANSACTIONIBUS
TRACTATUS

CAPUT I.

1. De usu verbi transfigere, quid sit transactio, & quid
differat a pacto.

1. Verbi transfigere cum propria, tum tropica significatio.
2. Eiusdem verbi usus specialis praesertim argumento proposito: tum qua in re differat transactio a sententia, & iurejurande.
3. Vera & exacta transactionis definitio.
4. Decidere pro transfigere passim.
5. Vulgaris definitio transactionis minus accurata.
6. Inter pacisci & transfigere quid intersit.
7. Quomodo interpungenda l. 1. ff. h. t.
8. Res dubia quæ hic dicatur, obiter.

I. **V**ERBUM transfigere, si originem & compositionem spectamus, idem significat, quod ultra agere sive transadigere. Tacitus *annal.* 14. *Gladio se ipsum transigit.* quod Virgilius 9. *Aneid.* *Sed viribus ensis adactus Transadigit costas.* Statius 5. *Thebaid.* *Quatuor hos una, decus & solatia patris. Transadigam ferro.* Atque hinc translatum ad alia significatione generali; ut idem sit transfigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero pro Quintio, *Quæro qua ratione Navius susceptum negotium transegerit?* Item pro Rosc. Comæd. *per nuntium hoc, quod erat tam leve, transfigere potuisti.* Terentius in *Andr.* *Facta, transacta omnia.* & passim in Comædiis, *intentus transigitur.* Sic dicimus vitam transfigere pro traducere, peragere, ἀλῆναι Tacitus in *vit. Agricola.* *In huius sinu indulgentiaque educatus, per omnem bonestatum artium cultum pueritiam adolescentiamque transigit.* Sallustius proæm. *bell. Catil.* *Sed multi mortales dediti ventri atque somno, indocti incultique vitam sicuti peregrinantes transegerunt.* Et initio ejusdem proæmii, *ne vitam silentio transigant, veluti pecora.* quanquam non ignoro in vulgatis fere legi *transcant.* Atque in generali hoc significato, sive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam a nostris sæpe usurpatur, ut videre est in *l. ordine.* 15. *ad municip. l. 5. de decur. l. arbitrio.* 18. §. *dolo.* 4. ff. *de dol. mal. l. 1. §. ult. ad SC. Tertull. l. 1. §. 3. ff. de pact.* In *l. transacta.* 229. & seq. *de verb. sign.* Paulus ait,

ait, transacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta sunt, vel tempore, vel iudicis sententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum *l. quid ergo. 13. §. pæn. 7. de his qui not. infam.* sententia transactum dicitur de exillimatione. Apud Gajum *l. admonendi. 31. in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando transactum, quomodo & Seneca præfat. *lib. 7. declam. Placet tibi rem jurejurando transigi.*

2. Cæterum passim in usu juris & præsertim in argumento proposito specialiter hoc verbum usurpatur, & pro ea duntaxat conventionione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expeditur, ut pro eo aliquid vicissim accipiamus: neque aliud in proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento. *l. 1. ff. hoc tit. l. 2. l. transactio. 38. C. eod. c. super eo. x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero, pro Cluent. cum ait, *Manlius rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, &c.* Ajo, consensu terminare. quibus verbis transactio distinguitur a sententia & decissione judiciali: nam iudicium redditur in invitum. *l. inter. 83. §. 1. ff. de verb. obl.* hinc consensu terminata pro transactis. *l. interpositas. 13. C. hoc tit. cum similib.* Additur, *dato aliquo, aut retento.* ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipsum ex conventionione proficiscitur. *l. qui iurasse. 26. §. ult. ff. de jurejur.* & propter communem cum transactione effectum speciem transactionis continere dicitur. *l. 2. eod. tit.* transactio tamen proprie non est; quia in jurejurando non intervenit mutua compensatio, quæ in transactione desideratur: sed nullo dato vel retento aut promisso procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum est, necessitas imponitur, ut aut juret, aut jusjurandum referat. *l. manifesta. 38. d. tit.*

3. Transactio igitur, ut tribus verbis dicam, est non gratuita rei dubiæ decisio facta conventionione partium. atque ad hunc eundem modum etiam Wesembecius transactionem definit *parat. hoc tit. n. 2.* quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidisse videtur: Nam toties illic vacillat Wesembecius, ut Andabatarum more clausis oculis in eum locum irruisse videatur, quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rursus totum amittat: sed de summa quæ petitur deciditur aliquid, & quasi decerpitur, quod detur actori, ut quod superest, apud reum relinquatur.

4. Atque hinc factum est, ut Latinis, præsertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro transigere. Cicero pro Quintio, *Asses se negat daturum, nisi prius de rebus rationibusque societatis omnibus decidisset, & scisset sibi cum eo controversiæ nihil futurum.* Idem pro Rosc. Amerino: *Si hanc ei rem privatim Sext. Roscius mandavisset, ut cum Chrysogono transigeret atque decideret.* Eodemque sensu hoc verbo utuntur nostri in *l. cum in eo. 44. ff. de pact. l. mandato. 60. ff. de procur. l. 7. pr. ff. de cond. furt. l. 4. §. 1. ff. ad leg. Falc. l. ejus rei. 46. ff. de rei vind. ex quo est litis decisio pro transactione. l. 7. l. sub prætextu. 19. l. siquidem. 24. C. h. t. decisio furti. l. post decisionem. 13. C. de furt.*

5. Vulgo loco generis pactum seu pactio ponitur: sed non satis subtiliter mea quidem opinione. Etenim pactiones & contractus non sunt genera transactionis, sed modi transigendi: nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit, aliquando stipulatio, *l. 2. l. pacto. 15. ff. l. sub prætextu. 19. l. sive apud. 28. C. hoc tit. l. cum proponas. 21. C. de pact.* quandoque datio aut retentio. *l. transactio. 38. C. hoc tit.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione,

actione, si proprie loqui volumus: nec duplex esse potest genus unius & ejusdem rei. Qui in re tam plana aliud sectantur, nã illi nodum in scirpo quaerunt.

6. Inter pacisci & transigere hoc interesse scribit JC. in l. 1. ff. hoc tit. quod qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitata ex liberalitate remittit. Discrimen in duobus positum. 1. Transactio semper est de re dubia & incerta: nam quod in l. 32. C. hoc tit. dicitur, de certa re pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, sed de una aliqua, re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa seu indubitata fit, sed non semper: nam interdum etiam de re controversa & litigiosa pacisci dicimur. l. 7. §. si paciscar. 13. cum seq. ff. de pact. l. transigere. 18. C. h. tit. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & seq. ff. de his qui not. infam. Itaque hic character non est perpetuus, sed *ἐν τῷ ὁρισμένῳ*. 2. Pactum in specie acceptum ut *ἀντίστυον* transactionis, semper est gratuitum: at transactio in specie sic dicta semper sit aliquo dato retentove aut promisso, nunquam gratis. l. transactio. 38. C. h. tit. & hic character est perpetuus. Unde pactum donationis causa & transactio opponuntur. l. 3. C. de repud. vel abstem. hered. l. 6. de solut. sicut aliis locis transactioni opponitur donatio. l. cum donationis. 34. C. h. tit. l. ex conducto. 15. §. 4. ff. locat. Quod si alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione, ut in l. contra juris. 28. in fin. ff. de pact. l. 1. C. eod. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & 4. ff. de his qui not. infam. l. 4. ff. de jur. fisci. non quod proprie pactum se habeat ad transactionem, ut genus ad speciem, si subtilius loqui volumus: sed quia transactio etiam pactio fit: unde alibi rectius appellatur pactum transactionis causa factum & placitum transactionis. l. cum proponas. 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa. 31. l. si pro fundo. 33. C. h. tit. sicut & pacto dicitur transigi. l. 2. l. pacto. 15. ff. l. de fideicommissis. 11. l. interpositas. 13. C. eod. l. si instituta. 27. pr. ff. de inoff. testam.

7. Duarenus & Donellus textum d. l. 1. ff. h. tit. sic interpungunt; Qui transigit, quasi de re dubia, & lite incerta, neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitata ex liberalitate remittit. commate posito post donationis causa: idque post Cisterum etiam probat Borcholt. c. 1. ad hunc tit. n. 28. Sed hæc interpunctio tantum abest, ut necessaria sit, sicut ea, quæ diximus, aperte demonstrant, ut etiam mihi videatur inconcinnam efficere, & tantum non ineptam JC. sententiam qui paciscitur donationis causa, rem ex liberalitate remittit, quasi vel unus de eo dubitare possit. Sane Græcorum interpretatio istam *δοσολήν* ferre non potest, qui sic lib. 1. 1. Basil. tit. *περὶ ἀφελύσεως*. Ulpiani verba reddunt; *ὁ ἀφελύμενος ὡς πένει περὶ πράγματι ἀμφιβολία καὶ διὰ τὴν ἀδήλως ἀπολήρωται ἀφελύσεται. ὁ ὅ συμφωνῶν καὶ δουρίαν πράγματι δῆλον καὶ ἀναφύσολον φιλοφύμως συγχωρεῖ*. neque enim verba *καὶ δουρίαν* recte referas ad præcedens *συμφωνῶν*. Et iterum apertius, *οἷδας τὴν κυριότητα τῶν συμφωνῶν καὶ ἀφελύσεως ὅτι συμφωνοῦν μὲν ἐστὶ ὁμολογημένην χάρις συγχωρήσεις. ἀφελύσεις ὅ ἀμφιβαλλομένην χάρις συμβιβασμός*. atque ad eundem modum Attiliata in *synopsi* tit. 6. & Harmenop. lib. 1. tit. 13. §. 14. qui sua illic translulerunt.

8. Illud notandum est, in causa transactionis rem dubiam dici non solum eam, de qua lis jam mota est; sed etiam eam, de qua moveri potest, aut lis metuitur. l. 2. C. h. tit. imo amplius et si neque lis sit, neque lis metuetur, dummodo alia ratione res sit dubia, ut

ut in specie l. 1. C. de pact. l. de fideicommissis. 11. C. hoc tit. l. 8. §. si in annos. 23. ff. eod. sed hæc accuratius infra sub cap. 4. de materia transactionis.

CAP. II.

Quibus modis fiat transactio.

1. **T**RANSACTIO vel fit nuda conventione, veluti si quis paciscatur, ut certum aliquid accipiat & a lite recedat. l. 2. l. pacto. 15. ff. h. tit. l. si instituta. ff. de inoff. test. l. si ve apud. 28. C. hoc tit. cum similib. & tale pactum etsi ipso quidem jure actionem non tollat, sed ea nihilominus integra adhuc actori maneat: exceptionem tamen reo parit ad summovendum actorem, si contra placita litem persequi velit. l. sub pretextu. 19. d. l. si ve apud. C. eod. l. cum proponas. 21. C. de pact. Cæterum ita reus ex placito transactionis inutilem exceptionem habet, si paratus sit implere, quæ ipse contra promissit; alioqui replicabitur de dolo. d. l. sub pretextu. d. l. cum proponas. l. ult. C. si advers. transact. Quod si verbi causa in lite familiæ eriscundæ convenit ut, certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam; neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi; neque porro huic placito stipulatio subjecta est: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti sine stante, actio nascitur. l. divisionis. 45. ff. de pact. d. l. cum proponas. C. eod. & ideo placiti servandi causa stipulatio subjici solet. l. pacto. 15. ff. l. si pro fundo. 33. C. hoc tit. l. cum proponas. 21. l. petens. 27. C. de pact. l. 5. C. de contr. stip. Quidam putant in d. l. cum proponas. conventionem transactionis causa interpositam ideo ad producendam obligationem & actionem efficacem non esse, quia serio & deliberato animo non intercesserat: quam ob causam Impp. quod gestum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitum consensum: quasi vero plurium conventio transactionis gratia interposita non sit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum consensus. Nec vero, ut illi contendunt, scripturæ illic mentio fit, quia ex ea constet transactionem factam certo ac præmeditato consilio, sed factam esse omnino: ea autem non interveniente alia probatione sit opus, ut ex ipso textu satis apparet. Et quid quæso refert ad vim obligationis scriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne, dummodo id, quod actum est, probari possit? l. cum res. 12. C. de probat. l. pactum. 17. C. de pact. l. 5. C. hoc tit. Sed hæc inter pactum & stipulationem differentia jure Canonum sublata est c. 1. §. 3. x. de pact. utique secundum communem canonistarum sententiam. Sane moribus hodiernis eadem seriæ cujusque actionis, quantumvis nudæ, vis est, quæ stipulationis; nec pactum minus, quam stipulatio ad actionem prodest: & hoc simplicitati juris naturæ ac gentium omnino convenit. l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur. de quo fufius dissero tract. de pact. c. 7.

2. Vel fit per contractum innominatum do ut des, vel facias: veluti, *do tibi prædium, ut a lite discedas.* l. si profundo. 33. C. h. tit. *remitto actionem, ut mihi partem bonorum des.* l. 6. C. eod. Denique quoties simili lege quid datur, aut fit ab uno: quo casu ei qui dedit, aut fecit, in id quod interest, præscriptis verbis actio competit d. l. nam quoties quid certa lege vel datum vel factum est, quod in utraque specie d. l. supponendum esse, ratio decisionis satis arguit, pacti natura exceditur, & contractus evadit

A a

innomi-

innominatus, unde civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis exoritur. *l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact. l. si dominus. 8. in fin. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de jur. dot. & huc transferri possunt, quæ nos tract. de pact. c. 6. n. 5. & 6.*

3. Vel fit per stipulationem Aquilianam, & acceptilationem, *l. 2. l. pacto. 15. ff. hoc tit.* (nam acceptilatio subsequatur necesse est. *l. 4. l. ut responsum. 15. l. si causa. 32. C. eod.* idque addendum *d. l. 2. & l. 15. ff. eod.*) & tunc actio ipso jure sublata est, ut omnino amplius moveri non possit. *d. l. 4. d. l. ut responsum. l. sub prætextu. 19. C. eod. l. ult. C. si advers. transact.* Declaremus rem exemplo L. Titius cum P. Mævio judicio agens centum ab eo petit. Mævius se debere negat. Cum res esset dubia, convenit inter eos, ut Titius acciperet quinquaginta, & a lite discederet. Titius acceptis licet quinquaginta, potest nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto transactionis actio ipso jure sublata non est: quamvis id pactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipso jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita stipulabitur, *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes, daturum te mihi spondes?* & reus respondet, *Spondeo*; ac mox interrogabit actorem, *habeatne acceptum id quod ita novandi animo stipulatus est*, & actor acceptum ferat.

4. Vel fit per stipulationem simplicem, veluti, *Dabis mihi centum, ut a lite discedam?* & tunc actio ex stipulatu datur. *l. cum nota. 6. l. si profundo. 33. C. hoc tit.*

5. Vel denique pactio aut stipulationi antecedenti subjungitur etiam pœnalis stipulatio, veluti, *dabo tibi centum, ut a lite discedas. Spondesne ergo te a lite discessurum?* & *si non discedas, pœna nomine ducenta dare spondes?* *l. pacto. 15. ff. l. promissis. 37. l. si quis. 41. C. eod.* & hoc consultius esse scribit Paulus in *d. l. pacto. ff. eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod interest paciscentis aut stipulantis, si promissis non ficitur. *§. ult. Inst. de verb. oblig.* hoc autem casu si actor acceptis centum, ut a lite discederet non desistat, sed litem adhuc moveat, liberum erit reo alterutrum facere, nempe vel exceptione pacti se tueri adversus agere volentem, vel pœnam in stipulationem deductam petere: non autem simul & exceptione transactionis uti potest, & petere ducenta pœnæ nomine, nisi expressim convenerit, ut rato manente transactionis placito etiam pœnam petere liceat. *l. pen. ff. hoc tit.* nam tunc ex voluntate transigentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non est æquum, ut simul & ex stipulatione pœnali commodum ferat, sed alterutro contentus esse debet. *l. rescriptum. 10. §. 1. ff. de pact. l. si pacto. 14. C. eod. l. si pater. 12. §. 2. ff. de pact. dot. l. 4. §. labeo. 7. de except. dol. mal. fac. l. si quis. 129. de verb. obligat.* Atque hinc explicandum & temperandum responsum Scævola in *l. qui Roma. 122. §. ult. d. tit.* ut recte ibidem Cujac. Duar. Donell. idem Cujac. in *l. rescriptum. §. 1. post Gloss. Barr. & c. de pact.*

6. Plane si jurata sit pactio vel transactio, & contra eam factum, placet eum cujus interest, odio perjurii utrumque consequi posse, & præterea qui fidem rupit, notatur infamia. *l. si quis major. 41. C. hoc tit. & ibi DD.* quæ nova est Arcadii & Honorii constitutio perjurium arbitrato suo punientium. sed nostris & Gallorum moribus pœnæ hujus constitutionis non observantur, testib. Zyp. not. jur. Belg. de pœn. vers. pœn. Autumn. ad d. leg. 41. Groeneweg. ibid. & aliis illic allegatis.

7. Casus nonnihil diversus est, qui proponitur in *l. cum proponas. 17. C. hoc tit.* Nam quod ibi reus, qui dedit, ut actor a lite discederet, actore litem instaurante, repetere potest, quod dedit, id non fit vi stipulationis pœnalis, sed quia causa ob quam

datur

datum erat, secuta non est, unde danti conditio ob causam dati re non secuta, quam habet etiam sine stipulatione pœnali, *tit. ff. de cond. ca. dat. & C. de cond. ob ca. dat.* utique enim si nolit exceptione transactionis uti, neque in factum præscriptis verbis agere, poterit repetere quod dedit. *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb.* Quod si reus stipulatus sit, ut actore fidem non servante, possit & exceptione transactionis uti, & simul data repetere, hæc est illa stipulatio pœnalis, de qua in *l. cum proponas. C. h. tit.* cujus vis in eo posita, ut utroque auxilio reus, si velit, fruatur. vid. *Hotom. in d. l. cum proponas. & quæst. illustr. 20.*

8. Porro aut pure fieri transactio potest, aut sub conditione. *l. si super. 9. C. hoc tit.* & tam verbis generalibus, quam specialibus: neque enim necesse est eum, qui transigit, negotia omnia aut lites recitare. *l. sub prætextu. 29. l. si de certa. 31. C. eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat. *l. non minorem. 20. C. eod.* in judicio, an extra judicium. *l. sive apud. 28. C. eod.* scriptura interveniente, nec ne, sive ut belle Græci, *ἡσυχῆως ἢ ἀσυχῆως. l. 5. d. l. 28. C. eod.* Harmenop. *lib. 1. tit. 10. §. 2.* Etenim scripturæ fieri solent, ut quod actum est, facilius probari possit: cæterum & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem. *l. 4. ff. de pignorib. l. 4. ff. de fid. instrum.* Quod si per simulationem aliquid a transigentibus expressum est, quod in scriptura contineatur, id quod inter eos actum est magis, quam quod scriptum est, inspiciendum erit. *l. cum ea. 21. C. hoc tit. l. si ex pretio. 6. C. si cert. pet. tot. tit. C. plus val. quod agit. quam quod simul. conc.* In transactione de alimentis forma & sollemnitas oratione D. Marci præscripta, observanda est, quæ extat in *l. cum bi. 8. ff. hoc tit.*

C A P. III.

Qui transigere possunt.

1. **T**RANSACTIO est ex genere prohibitorum: quamobrem sic recte definimus, posse omnes transigere, qui natura aut jure non prohibentur. *arg. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procur. l. nec non. 28. §. 2. ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam transactio, est ex conventionem, & consensu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, transigere non posse, quales sunt furiosi, mente capti, infantes. *l. in negotiis. 5. de reg. jur. l. 1. §. furiosus. 12. ff. de oblig. & act. §. pupillus. 9. Inst. de inutil. stipul.* Nemo autem ob morbum corporis transigere prohibetur, dummodo mente sanus sit. *l. sanum. 27. C. h. tit.* fieri enim potest, ut morbus usque ad animum quoque penetret, mentemque sic afficiat in valetudo corporis, ut ipsa sibi non constet. *l. 1. §. 9. l. 4. ff. de adil. edict.*

2. Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum transigere sine tutoris auctoritate posse existimo. Nam etsi ejus ætatis pupilli recte paciscantur, ne quod debent, a se petatur, & tale pactum jure valeat, *l. contra. 28. pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo se obligare, nec remittendo alios liberare possunt: sine quibus tamen transactio nulla est. *l. transactio. 38. C. hoc tit.* Nec obstat, quod hujusmodi transactio, quatenus pupillis prodest, favore ætatis sustinetur: nam & ætatis favore sustinetur sententia pro minore lata in specie *l. non eo minus. 14. C. de procur.* quamvis re-

A a 2

vera

vera & inspecta ratione juris nulla sit. Sic etsi nulla venditio est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt. *l. 6. l. si emptione. 34. §. 1. ff. de contr. empt.* tamen si quid eorum deceptus a venditore emerit, placet hæcenus emptionem subsistere, ut actio-
ne ex empto consequar, quod mea interest deceptum non esse. *§. ult. Inst. de empt. & vend. & ita cape l. 4. ff. d. tit.*

3. Plus dicimus, ne puberes quidem curatorem habentes sine consensu ejus recte transigere, quoniam transactio in plerisque instar alienationis est: certi vero atque explorati juris est, minores non posse absque curatorum consensu res suas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut a lite discedatur, speciem continet alienationis, & ad jus administrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus denegatum esse constat. Itaque hoc solum hic quærendum relinqui videtur, an non saltem minoris transactio sine curatore facta, non dato aliquo aut remisso, sed promisso tantum, ipso jure valeat, atque ex hac promissione sua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum censeo: neque enim magis in minore id admittere possis, quam in eo, cui a prætoris curatore dato bonis interdictum est; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Imp. in *l. 3. C. de in int. rest. min.* sicut autem certum est prodigos promittendo se obligare non posse, *l. is cui. 6. ff. de verb. obl. & ibi Gloss. & DD.* ita non minus pro certo habendum, transactionem qualemcunque a prodigo interpositam nullius esse momenti, atque ea communis est usuque recepta sententia prolixius a nobis defensa *tratt. de pact. c. 13. n. 13. & seqq.* Minores vero sine curatore constituti transigere quidem possunt, valetque ipso jure talis transactio: sed si intra tempora legitima se læsos esse probaverint, causa cognita in integrum restituuntur. *d. l. 3. C. de in int. rest. min. & tit. C. si advers. transact.* Quare quod legitima ætas in transactione requiritur, *l. si major. 22. l. si majores. 25. C. hoc tit.* id eo pertinere sciendum est, ne forte ob ætatem postea rescindatur transactio, sed ut rata maneat eamque sequatur plenissima securitas. Quamobrem in universum sic definire licebit, neminem jure & efficaciter transigere posse, nisi qui liberam habeat rerum suarum administrationem.

4. Cæterum sunt etiam, qui alieno nomine recte transigunt, & quidem quin is transigere possit, cui specialiter mandatum est, ut transigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem suam constituto sive cui cessa aut mandata est actio, dubitandum non est, quin transigere ac decidere cum adversario possit, cum possit & jusjurandum deferre, *l. jusjurandum. 17. in fin. ff. de jurejur.* adeoque domini loco habeatur, *l. sed si. 13. §. 1. ff. de pact. l. procuratori. 55. ff. de procur.* ut magis in propria causa, quam aliena transigere videatur. *l. qui stipendia. 19. C. de procur.*

5. Sed procurator ad agendum vel defendendum datus transigere non potest, nisi litis quoque decisio specialiter ei mandata fuerit. *l. transactionis. 7. C. hoc tit. c. qui ad agendum. x. de procur. in 6.* fines enim mandati diligenter custodiendi sunt. *l. 5. ff. mand.* at qui transigit, litem non movet, sed finit, unde nec mandato generali contineri transactionem decidendi causa interpositam responsum est. *l. mandato. 60. ff. de procur.* hoc est, ut ego interpretor, atque ex ipso textu elicere videor, ne is quidem, qui simpliciter aut generaliter procurator ab aliquo constitutus est, etiam transigendi licentiam accepisse intelligitur, sed litum duntaxat exercendarum potestatem; ut proinde irrita sit & hujus procuratoris transactio citra speciale mandatum, aut ratihabitionem

nem mandantis; quæ etiam Eguin. Baronis in *d.l. mandato.* & Franc. Duareni cap. 1. *ad h. tit.* sententia est. His porro & illud consequens, nec actores defensoresve civitatis, municipii, aut corporis alicujus transigendi potestatem habere, extra quam si speciale ad hoc mandatum habeant: & argumento est, quod nec aliter jusjurandum deferre queant. *l. jusjurandum. 34. §. 1. ff. de jurejur.*

6. At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium administratio commissa est, transigere, aliaque omnia facere & audacter administrare potest, quæ dominus ipse faceret, si præsens adesset. *l. procurator. 58. ff. de procur. l. nam & nocere. 12. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. ult. ff. de jurejur.* nec interesse putamus, utrum simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo libera: nam & illi libera, & neutri amplius, quam administratio permessa est: quodque uni licet, alteri quoque licere ex collatione *d.l. procurator. §. d.l. nam & nocere.* multarumque aliarum, quas congeessimus in *comment. ad §. nihil autem. 42. Inst. de rer. div.* manifeste apparet. *add. Duar. ad l. 1. §. per procuratorem. 20 ff. de acq. poss. Don. 4. comment. 15. Vand. 1. quæst. 47.* ubi tritam illam distinctionem inter procuratorem omnium bonorum simplicem & cum libera, ut commentitiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera administratio permessa est, transigere posse, hoc sic accipi volumus, ut possit etiam si paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat ostendere: sed ut possit, quando probationes ei deficiunt, & in causa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut re, licet non usque certa, modico forte accepto a lite discedere non debet, & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere potest: hoc enim non tam administrare est, quam profundere & dissipare. *l. 7. ff. de donat. & huc fac. arg. ex l. contra juris. 28. in fin. de pact. l. pactum. 22. C. cod. l. præs. 12. C. hoc tit. l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur. l. Lucius. 46. §. ult. ff. de adm. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l. 21. ff. de pact. l. jusjurandum. 17. §. 2. ff. de jurejur.* & si quæ similes.

7. Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores; nam & ipsi de re pupillorum & adolescentium recte transigunt. *l. Lucius. 46. §. ult. ff. de adm. tut. l. si pignore. 54. §. ult. l. interdum. §. 4. ff. de furt. non aliter tamen, quam si jus illorum obscurum & valde dubium sit, nec probationes suppetant, per l. tutor. 35. ff. de jurejur.* aut si forte alias nihil sint consecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi causa. *d. l. Lucius. §. ult.* Itaque recte Gail. 2. *obs. 72.* tum demum ait valere transactionem tutoris, quando de justitia pupillorum plurimum dubitatur: aut cum forte sumptus in exigendo & lite persequenda faciendi, excessuri sunt ipsius debiti quantitatem: nam & in dubio litis exitu præstat partem accipere, quam periculum amittendi totius subire: & satius est accepto aliquo a lite discedere, quam majores toto quod consequi possis, impensas facere. Illud in confesso est, si per transactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recensentur in *l. lex qua. 22. C. de adm. tut.* in adversarium transferenda sit, eo casu etiam judicis decretum interponendum esse. *d. l. 22. l. 4. C. de præd. & al. reb. min. &c.* In eadem causa sunt & administratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permissum est de re civitatis dubia liteque incerta transigere: rem autem certam atque indubitatam frustra remittunt. *l. præs. 12. C. hoc tit.* ubi hujusmodi remissiones a curatoribus civi-

tatis factæ, ambitiosæ vocantur, & merito: non enim dubium est, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut splendoris, aliosque sibi cupiant gratia & beneficio demereri: ambitio enim gratiam & favorem significat. *l. 3. C. de execut. rei jud.* apud Cic. *lib. 13. epist.* religiose & sine ambitione commendare, est commendare sine favore apud Mecianum *l. servo. 65. §. 2. ff. ad sen. Treb.* ambitiose jubere restitui, est gratiose & favorabiliter, *φιλοκίμως*. decurionum decreta varia ratione per gratiam expressa, ambitiosa appellat Ulpianus *l. 4. de decret. ab ord. fac.* ut & decreta præsidum, quibus ante legitimam ætatem adolescentibus rerum suarum committitur administratio. *l. 3. ff. de minor.* Objicit huic sententiæ Accursius rescriptum Severi & Antonini in *l. 5. C. de usur.* ubi tamen nihil simile.

8. Ajunt illic Impp. adversus creditorem, qui per certos annos minores usuras, quam cautæ erant, accepit, majores postea petentem, utilem esse exceptionem patenti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adversus rempublicam sive civitatem, si forte defensores civitatis minores usuras longo tempore acceperint. Non ajunt, si id factum sit ab administratoribus, syndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum est, rempublicam obligare non potest, *l. civitas. 27. ff. de reb. cred.* sed si id fecerint civitatis defensores, id est, ipsi magistratus, qui totum reipub. corpus repræsentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio civitati quoque quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l. 16. ff. de verb. sign. l. nihil interest. 15. ff. de senat. Maced.* nocere queat.

9. Defensores autem civitatum passim in constitutionibus appellari ipsos civitatum magistratus, qui Græcis *ἡνδοὶς* & *ἐπαγγέλαι* dicuntur. *l. ἡνδοὶς. 30. C. de episc. aud.* satis nunc constat. *l. 2. C. de anal. except. §. nos autem. Inst. de Attil. tut. & tot. tit. C. de defens. civit.* Hoc vero discrimen cum Accursius & Accursiani interpretes non observaverint, magno molimine magnas nugas commenti sunt, ut videre est apud Sichard. in *d. l. præses. C. hoc tit.* An autem in casu hic proposito petenti reipublicæ concedenda sit in integrum restitutio, non est quæstio hujus loci. vid. Fort. Odd. *p. 1. 4. 3. art. 9. & ibi alleg.* Sichard. in *l. 4. C. quib. ex caus. major.*

10. Procurator autem Cæsaris sive principis, qui & rationalis, omnino transigere non potest: ac ne eo quidem casu quo rerum omnium procurator privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte transigit; id est, nec si jus principis ambiguum & obscurum esse conslet, nisi specialis accedat Principis consensus: sic enim intelligenda puto verba Æmilii Macri in *l. nulli. 13. ff. hoc tit. nulli procuratorum Principis inconsulto Principe transigere licet*; id est, sine speciali Principis mandato. Excipiunt Glossa, Bart. Jasi nisi transigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud vicissim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere potest, per *l. 1. §. 1. ff. de offic. proc. Cæs.* quam exceptionem probat & Perez. in *Cod. hoc tit. n. 4.* Sed quid interest, rem, de qua controversia est, rationalis remittat, & aliud vicissim pro ea accipiat; an rem ipsam retineat, aliud vicissim det? Nam & hoc modo transigendo alienat, quod ei nullo modo permissum sine expresso consensu Principis. *d. l. 1. §. 1. ff. de offic. proc. Cæs.* Præstat itaque rejecta ista exceptione jus transigendi procuratori rei dominicæ simpliciter denegare cum Baldo, Castrensi, Duar.; nisi ad hoc speciale mandatum habeat: maxime cum ita serviamus etiam verbis juris-
consulti

consulti in *d. l. nulli. hoc tit.* quod in re dubia melius esse docet Ulpian. *l. 1. §. licet autem. 20. ff. de exerc. act.* Enimvero si rationalis transigendo utiliter rem Principis gesserit, dubium non est, quin eam transactionem ratam habere Princeps possit. Sed hoc nihil ad propositum facit, cum & pupillorum & minorum curatorem habentium transactio, quatenus sibi profunt, sustineatur, ut dictum supra circa initium hujus cap.

11. De illo non satis convenit an & quatenus patris de rebus filii transactio procedat & filio oblit. Et de bonis filii emancipati patrem transigere non posse Ulpianus in *l. de re. 10. ff. hoc tit.* respondet: nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur. *§. 3. Inst. de hered. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei transigendi jus habet sine eius mandato. *l. 3. pr. ff. hoc tit. l. si unus. 27. §. 4. ff. de pact.* qua de causa nec matris transactio liberis obest: nempe quia liberi matri extranei sunt. *d. §. 3. Inst. de hered. qual. l. 5. ff. de adopt. junct. d. l. 27. §. 4.* Sed & filius emancipatus, ut quisvis alius paterfamilias pleno jure bona possidet. *l. paterfam. 182. ff. de verb. sign.* Utique tamen si filius emancipatus in prima adhuc ætate sit constitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciscitur, idem jus circa transactionem de rebus filii emancipati habet, quod cæteri tutores, & ita temperanda *d. l. de re. 10. ff. hoc tit.* Quod si filius sit in potestate? Distinguenda sunt peculia: nam in castrensi & quasi castrensi peculio filiusfamilias pro paterfamilias habetur. *l. 2. ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. test.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure est patris, & ideo de eo, tanquam de re propria, recte transigit. De bonis vero adventitiis ita statuendum. Quorum bonorum adventitiorum ususfructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis transigere pater potest. Ratio est, quia pater non modo horum bonorum ususfructum habet, sed etiam legitimam administrationem. *l. ult. C. de bon. quæ lib. in potest.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut administratori, concedatur, quod cæteri tutores & curatores habent in rebus eorum, quorum tutelam aut curam gerunt, ut scilicet etiam transigere pater de bonis istis filii in causa dubia liteque incerta possit. ita Accurs. in *d. l. de re. & cæteri ibid.* & in *l. præses. C. eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admissio fieri possit, ut transactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filio competit. Quid enim, an tutori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc administratio privilegiata est: nam tutores & curatores pro administratione sua cautionem præstant. *tit. ff. rem pup. salu.* pater non præstat. *d. l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* quod haud dubie constitutum est ob reverentiam paternæ potestatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum, qui plus præstat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etsi hoc procedit in personis ejusdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid est in una persona, quod vel exæquet vel etiam superet qualemcumque cautionem alterius, ut in specie, quam hoc loco tractamus. Est tamen hic adhibenda distinctio aliqua ex *d. l. ult. §. 3.* videlicet, ut si filius sit justæ ætatis, tunc etiam filii consensus in litis transactione adhiberi debeat, sicut & in movenda actione; sin minus, patris solius sufficiat: qua distinctione etiam Cujacius in *d. l. de re. ff. hoc tit.* uti debuerat, non simpliciter filii consensum exigere. Superfluum jam & ineptum esset monere hic, non aliter patris super re filii propria transactionem procedere, quam si ex justa causa & bona fide transactio fiat, quod

quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. c. 4. n. 1. *ad hunc tit.* Nam qui super re plane dubia & probationibus deficientibus aut cum consensu ejus, cujus res est propria, transigit, non potest non videri bona fide & iusta ex causa transigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, sed ex communi interpretum sententia & probabili ratione receptum est, ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adutorum immobilibus, iisve mobilibus, de quibus Constantinus in l. 22. *C. de adm. tut.* transactio sine interpositione decreti magistratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & simul legitimo administratore, transigente decreto non sit opus. *Jas. & alii in l. præses. l. 2. C. hoc tit. Gail. 2. obs. 72. n. 14.* quam sententiam & Bachovius probat c. 3. *de transact.*

12. Postremo & illud quæsitum est, an vassallus de feudo transigere possit inconsulto feudi domino. Et video plerisque placere hanc distinctionem, ut siquidem vassallus ipse feudum possideat, tunc sine consensu domini non possit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero possessum possit relinquere possessori. *Tiraq. de retract. gentil. tit. 1. §. 1. Gloss. 14. n. 66. Clar. §. feudum. quæst. 38. Wes. conf. 70. n. 13. Borcholt. de feud. c. 8. n. 44.* Cæterum hanc distinctionem non videntur pati posse textus in c. un. *de contr. int. vassall. & al. de ben. & c. si vassallus de beneficio, si de feud. def. contr.* quibus locis permittitur vassallo transigere cum adversario etiam in præjudicium domini & sine ejus consensu, dummodo fraude carcat transactio: idque non modo si agat vassallus, verum etiam si conveniatur: quo tamen posteriore casu nihil in præjudicium domini vassallus facere potest, nisi in actorem feudum ipsum aut partem feudi transferat: nam rei non feudalis alienatio sicut jus domini omnino non lædit, ita nec consensum ejus ullo modo desiderat. Quamobrem rectius fortassis illi sentiunt, qui potestatem de feudo transigendi vassallo simpliciter concedunt, dummodo transigat bona fide & sine collusionione: rejecta etiam illa aliorum distinctione, utrum transactio cum alio convassallo, an cum plane extraneo interponatur. *Alvarot. in d. §. un. vers. nota quod vassallus. Curt. de feud. part. 4. caus. 41. quæst. 7. Zas. part. 9. de feud. alien. Duar. §. 12. n. 10. Schenck. in d. §. si vassallus. add. decis. cur. Holland. 7.*

CAPUT IV:

De quibus rebus transigere possumus:

1. Ut procedat transactio vel metus litis sufficit, ubi explicatur l. 65. §. 1. *de condict. ind.*
2. Transactio per calumniam expressa non valet.
3. Quacunque ratione res dubia sit, etiam citra litem aut metum litis, procedit transactio.
4. *L. si de certa. 31. C. h. t. exposita.*
5. *De re judicata frustra transigitur.*
6. *Explicatur l. si causa. 32. C. h. t.*
7. *Quid si sententia jure non subsistat.*
8. *Quid si ab ea appellatum sit, aut appellari possit, aut in dubium vocetur, an judicium.*

9. Quid

9. Quid si restitutio in integrum impetrata, aut postulata adversus sententiam. ubi quædam notabilia in praxi.
10. Quid si super instrumento guarantigiato, post rem jurejurando decisam, post confessionem judicalem, transactio interposita.
11. Transactionem admittunt actiones omnes, tam in rem, quam in personam, etiam præjudiciales: ubi quædam non ubique obvia.
12. An transactioni locus in causis matrimonialibus.
13. Etiam quæ ex maleficio nascuntur actiones, cum civiliter agitur, transactionem admittunt, ubi nonnulla, quæ hæcenus non satis explorata.

1. **O**bjectum sive materia transactionis sunt res dubiæ & litigiosæ, de quibus scilicet vel nunc lis sit, vel in futurum esse possit, aut metuatur. *l. 1. ff. l. 2. C. b. t.* nam litem motam esse nihil necesse est: satis est, si esse poterit, & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, exempl. *in d. l. 2. C. hoc t.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. sed melius alii cum Accursio verbo *rei* illic debitum intelligunt, quasi JC. dixisset, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim est, quod mox sequitur, nam si lis fuit, &c. cui ex aliis locis addendum, aut timor future litis, utique quod transactionis causa datum est, tanquam indebitum repeti non posse, non uno loco traditum est. *l. 2. C. de cond. indeb. l. si non. 6. C. de jur. & fact. ign. l. si transactionis. 11. C. de non num. pec.* quippe cum non minor sit vis transactionis, quam rei judicatæ. *l. non minorem. 23. C. hoc tit.* quod autem ex causa judicati solutum est, jure conditionis non repetitur. *l. 1. C. de cond. indeb. l. si fidejussor. 29. §. pen. ff. mand.*

2. Plane si per evidentem calumniam transactio sit expressa, seu is qui sciens nihil sibi deberi, aliquid extorsit terrore litis, ut ab ea desisteret, tunc & transactio in spectro exitu nulla est & repetitio datur. *d. l. in summa. §. 1. ff. de cond. indeb. l. cum hi. 8. §. si cum lis. 20. ff. hoc tit.* quia non tam transactio, quam sordida concussio facta intelligitur. *l. 1. §. pen. ff. de calumn. Duar. c. 2. ad hunc tit. Talden. ad Cod. b. t. n. 1.*

3. Sed et porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia et incerta sit, transactio valet; velut si spes fideicommissi propter incertum conditionis modico præsentis accepto remittatur. *l. 1. C. de pact. l. de fideicommissis. 11. C. hoc tit.* Idem est, si cui usufructus relictus sit, aut salarium annuum homini honestioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit. *l. cum hi. 8. §. si in annos. 23. ff. hoc tit.* Quamobrem somnium mihi obrepisse videtur D. Zælio ad *b. t. n. 15.* neganti res dubias ex alia causa, quam propter litem, ponere transactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret transigere, quoniam nescitur, quamdiu alimentarius victurus sit. Sed alia ratio D. Marcum movit ne hic permitteret transactionem sine auctoritate prætoris. *l. 8. pr. ff. hoc tit.* de quo postea uberius.

4. De re autem certa sive de negotio, quo nullum dubium est, nec lis, nec metus litis, transactio interposita nullius momenti est. Neque obstat *l. si de certa re. 31. C. hoc tit.* nam per rem certam, non quæ dubia non sit, sed non aliquam unam *μὴν ἀντίθετον*, non *πρᾶγμα δι᾿ ἑλόν*, Imperatores eo loco intelligunt, et transactionem non nisi ad eam rem, de qua agitur, pertinere rescribunt, etsi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum

Bb

non

non sit, eo nomine: quia nimirum id semper considerandum, quod actum est. *l. semper. 34. de reg. jur. l. qui cum. 9. in fin. ff. hoc tit.*

5. Quomiam igitur nulla transactio est nisi rei litigiosæ aut dubiæ, consequens est de re judicata transigi non posse; utpote quæ finem controversiæ inter partes facit litemque dirimit. *l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind. l. si causa. 32. C. hoc tit. junct. l. 1. de re jud.* Non est contrarium, quod imperatores in *d. l. si causa.* addunt, si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti.

6. Potest enim stipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi causa fieri, & per eam jus liquidum remitti. *l. & uno. 18. §. 1. ff. de acceptil. §. 1. & 2. Inst. quib. mod. toll. obl.* quod cum sit, non transactio est, sed pura puta liberalitas; non minus, quam si pacto res certa & indubitata remittatur. *l. 1. ff. hoc tit.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodest: acceptilatio etiam ipso jure obligationem actionemque tollit. Quis vero est, qui non risu dignum iudicet in hunc modum argumentantem: actio rei judicatæ per stipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi potest: Aquiliana stipulatio & acceptilatio in transactione locum habent. *l. 2. l. pacto. 15. hoc tit.* Ergo transigi potest super re judicata. Quamobrem nescio quid Donello in *d. l. si causa.* in mentem venerit, qui sine ulla necessitate contra perpetuum Latini sermonis usum hæc rescripti verba, si non acceptilatione competentem tibi actionem peremisti, non pro conditione accipienda esse contendit, sed pro ratione ejus, quod consulenti responsum fuit; quasi scriptum esset, quia non peremisti. & qui hoc probari potuit D. Perezio ad hunc tit. *C. n. 6.* Plana est rescripti sententia, nimirum post rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum restitutione suspensa sit, transigenti salvam manere judicati actionem, nisi eam interposita stipulatione Aquiliana, & secuta donationis causa acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti potest. *Paul. 1. sent. 1. §. ult. Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.* Et recte igitur etiam Græci sub hoc tit. in Basil. τοιγαρὲν εἰ μὴ ἀκυλῶνῃς ἐπερωτήσεως καὶ ἀποχῆς καὶ ἀμεριμνείας ἐπακολυθησάσης τὴν ἀντιδόχον σοι ἀνείλεις ἀγωγὴν ἔσθ'. eodemque modo rescriptum istud explicant. *Accurs. Salic. Jas. & alii. Myns. 4. obs. 47.*

7. Cæterum ut transactio post rem judicatam interposita intelligatur nullas vires habere, necesse est, ut sententia jure subsistat. *d. l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind.* nam ubi sententia non valet, nec judicatum intelligitur. *l. 4. §. judicatum. ff. de re jud. l. 4. C. de sent. & interloc.* veluti si sententia non contineat absolutionem aut condemnationem. *l. 3. C. d. tit.* si a non competente iudice lata sit. *l. 6. §. quid si. 10. ff. de injust. rupt. l. 1. §. ult. ff. ad Tertull.* si manifestum errorem contineat calculi. *l. 1. §. 2. ff. quæ sent. fin. app. resc.* si sine certa quantitate prolata. *tit. C. de sent. quæ fin. cert. quant.* si pronuntiatum sit causa non cognita. *l. ex stipulatione. 7. de sent. & interloc.* unde exempli gratia in *d. l. si causa. 32. C. hoc tit.* exigitur, ut sententia prolata sit causa cognita. Denique ne singula commemorem (quod non est hujus loci) ipso jure nulla est sententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc transigi possit, quæ lata est contra leges constitutionesve principum. *l. 2. C. quand. prov. non est nec. l. 1. §. 2. quæ sent. fin. arg. l. si expressim. 19. ff. de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor retributionem significat, ut apud scriptores de limitibus; & contra juris rigorem, J. C. idem

est

est quod contra tenorem & formam juris sicut apud Quintilianum. *lib. 9. c. 3. rigor orationis*, pro tenore perpetuo sui simili.

8. Sed nec satis est sententiam jure prolatam esse, nisi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, transierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam si a sententia appellatum sit, placet adhuc transactioni esse locum. *l. 1. § post. 7. ff. l. si causa. 32. C. hoc tit. l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind.* & recte: nam per appellationem res eo deducitur, quali nec judicata sit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur. *l. 1. §. ult. ff. ad SC. Tertull.* Et sic hodie licet sententia lata sit a iudice, a quo non provocatur, puta a Curia supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, adhuc post revisionem impetratam de ea sententia recte transigitur; quia revisio speciem appellationis continet. *Bus. ad. d. l. 1. § post. ff. hoc tit.* Quinimo etsi nondum appellatum sit dummodo appellari adhuc possit, nihilominus tamen de iudicato transigere licet. *d. l. 1. § post.* Eo amplius, si vocetur in dubium, an iudicatum sit, an sententia valeat, an provocari possit, nec ne, transactio adhuc fieri potest. *l. post rem. 11. ff. hoc tit. d. l. eleganter. §. 1. ff. de cond. ind.* Unde apparet omnino adhuc transigi posse post causæ conclusionem; quia etiam tunc adhuc est dubius litis eventus.

9. Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in persona minorum efficiat restitutio in integrum. *l. præses. 42. ff. de minor. tit. C. si adv. rem jud. ideo consulto Imp. in d. l. si causa. 32. C. hoc tit.* addunt, *vel integrum restitutionis solemnitate sententia suspensa non est.* Nam restitutione in integrum impetrata, imo & postulata tantum, omnia integra servari & in suo statu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quasi dubia adhuc lis sit; atque interim executio sententiæ adversus minorem latæ suspenditur, haud secus ac si interposita esset appellatio. *l. un. C. in int. rest. postul. ne quid nov. junct. d. l. præses. § d. l. si causa.* Excipitur hic jure canonico, si causa restitutionis altiore indaginem & inquisitionem desideret & æquum videatur sententiam interim executioni mandari. *c. suscitata x hoc tit.* At enim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat transactio, quippe cum nec victori eodem jure permittatur sententiam pro se latam exequi, nisi prius idonee caverit, se redditurum, quod vi sententiæ perceperit, si in causa restitutionis obtinuerit adversarius. *d. c. suscitata.* quod jus quia summam rationem habet, non modo usu forensi ubique nunc receptum est; verum etiam longius productum, propterea quod plerumque remorandæ executionis gratia restitutiones postulantur. *Sande lib. 1. 1. tit. 8. defin. 4. Neostad. decis. 73. supr. cur. Holl. Myns. 1. obs. 48. § 6. obs. 80. Ant. Fab. C. suo for. defin. 1. ad tit. de in int. rest. post Tuld. ibid. n. 2. § 3. Christin. vol. 2. decis. 137. Duar. ad hunc tit. c. 2. Groenew. d. ll. abrog. ad d. tit. C. § plures illic citati.* Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d. l. eleganter. 23. §. 1. ff. de cond. ind.* quod rescriptum est, post rem judicatam interpositam transactionem nullius esse momenti, id tunc locum habet, cum de sententia indubitata, & quæ nullo remedio attentari queat transigitur. Cum autem hodie fere confusa sint pactionum & transactionum nomina, putant quidam non minus transactionem quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpositam nunc ratam esse. Autumnus *confer. du droit. ad l. 7. §. 1. h. tit. Groenew. de ll. abrog. ibid.*

10. De instrumentis guarantigiatis, quæ paratam habent executionem, idem hic

Bb 2

12-

statuendum esse, quod de re judicata, censet cum Bartolo & Baldo Buius in *l. post rem. 7. n. 6. hoc tit.* quia talia instrumenta instar rei judicatæ sunt certa; nisi quid in iis illiquidum sit, aut nisi super formæ aut fidei defectu sit quæstio, arg. *l. ult. C. plus val. quod agit.* tantundem dicendum est, si res jurejurando decisa fuerit. per *l. 1. §. 1. 2. ff. de jurejur.* item de confessione judiciali, quoniam & ea certa est; cum confessi in jure pro judicatis habeantur, & sua quodammodo sententia condemnentur. *l. 1. ff. d. confess.* nisi forte confessio per errorem facta sit: quia non fatentur, qui errant. *l. 2. ff. eod. tit.*

11. Admittunt porro transactionem actiones omnes sive in rem sint, sive in personam; nec tantum actio in rem specialis. *l. si super. 9. l. si profundo. 33. C. hoc tit.* sed etiam universalis, seu qua de universitate agitur, puta petitio hereditatis. *l. 3. pr. l. controversia. 14. ff. l. ut responsum. 15. C. eod.* querela inofficiosi testamenti. *l. cum mota. 6. C. eod. l. si instituta. 27. ff. de inoff. test.* Item actiones præjudiciales, quibus de statu & conditione personæ agitur (quæ ipsæ in rem esse videntur. §. *præjudiciales. Inst. de action.*) *l. ultim. C. hoc tit.* ubi transactio admittitur in causâ liberali etiam contra libertatem. Sed nempe transactio illa non interponitur inter dominum & servum (quippe transactio inter dominum & servum consistere nequit: quoniam quod in transactione requiritur, nihil servo, quod ejus proprium fiat, dari potest. *l. interpositas. 13. C. hoc tit. junct. l. acquiruntur. 10. §. 1. ff. de acq. rer. dom.*) sed inter dominum & eum, qui servum in libertatem asserebat, ut desistat. Cæterum ex quo Justinianus assertiones sustulit, *l. 1. C. de assert. toll.* servus ad libertatem proclamans juxta *d. l. 1.* cum domino transigere posse cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non potest. *l. ingenui. 6. C. de ingen. manum.* sed ne amplius ei de libertate controversia moveatur. Quare & si is qui se dominum dicebat, & transigebat, vere dominus sit, valebit tamen adversus eum facta super liberali causâ transactio: & potest servus quæsitâ alicunde pecunia aliquid domino dare: *l. vix certis. 53. ff. de jud. l. 4. pr. ff. de manumiss. §. 3. Instit. de noxal. action.* Ex contrario autem, ut servus maneat transigi non potest, propter eandem rationem. *l. nec si volens. 6. C. de lib. caus.* neque in *d. l. ult. C. hoc tit.* post transactionem prohibetur nova in libertatem assertio, cum ea etiam post rem judicatam iterari potuerit: sed rata interim habetur transactio, id est, tam diu vis transactionis durat, quamdiu incerta manet personæ ejus, cui controversia status mota fuerat, conditio. At repertis forte postea novis instrumentis quibus nunc libertas probari facile possit, adhuc tamen jus in libertatem asserendi negare durum sane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Justinianus in *d. l. 1. C. de assert. toll.* sustulit licentiam proclamandi in libertatem: sed difficultatem assertorum, & iterationem cognitionis; quippe bis terque repetere licebat. *d. l. 1.* quod & Cicero pro domo sua significat, cum ait, in sola liberali causâ rem judicatam referri licere: nempe si contra libertatem judicatum fuerat, non si pro libertate: nam sententia, semel pro libertate dicta retractari non potuit. *l. si dolo 24. ff. de dol. mal. Hotom. ad d. l. ult. C. hoc tit. Cujac. par. C. de assert. toll.*

12. Quæsitum an super causâ matrimoniali transactio interposita rata haberi debeat, si forte parentes puellæ & juvenis controversiam inde motam per transactionem voluerint amicabiliter componere. Et siquidem conservandi matrimonii gratia trans-

transactio intervenerit, puta ut sponsa maneat sponsa, uxor maneat uxor, placet transactionem valere. Nam etsi antea sponsa non fuit, tamen ex novo illo consensu & transactionis placito sponsa esse incipit: & ita sæpissime matrimonia conciliari solent, patre puellæ majorem forte summam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera esse debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ. *c. gemma. 29. X. de sponsal.* Attamen sæpe fit, ut quis spe lucri ad matrimonium invitetur; textus est notabilis in *l. Titio centum. 71. §. 1. ff. de cond. & dem.* Cæterum si transactio ad dissolvendum matrimonium comparata sit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ summam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam instituta desistat, vel contra; talis transactio merito improbatur, propter indissolubile vinculum matrimonii. *c. fin. & ibi DD. x. hoc tit. ca. an quod & c. quos Deus. 33. quest. 2. Schneid. ad. §. item si. 11. Inst. de act. n. 38. Alciat. in l. ult. C. hoc tit. sub fin.*

13. In actionibus quoque in personam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis gestis, de administratione tutelæ, sive de actionibus inde nascentibus recte transigitur. *l. 3. cum aliquot seqq. C. hoc tit.* Imo etsi ex maleficio nascatur actio, licita tamen est transactio, cum civiliter agitur. *l. 7. pr. ff. de cond. furt. l. interdum. 56. §. 5. de furt. l. 13. C. eod.* Licita est, inquam, de maleficio jam commissio: nam si nondum sit commissum & quid datur aut promittatur, ne fiat, aliud juris est. *l. juris gentium. 7. §. 3. l. si unus. 27. §. 3. & 4. ff. de pact.* Atque hic transactionis etiam nudo pacto interpositæ interdum ea vis est, ut per eam ipso jure tollatur actio: ut actio furti & injuriarum: quia lex 12 tabb. his casibus pacisci expresse permittit. *l. 7. §. 14. l. si tibi. 17. §. 1. d. l. si unus. 27. §. 2. vers. sed si. ff. de pact. junct. l. 6. eod.* interdum per exceptionem, ut si transactum sit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam causam contingit. *d. l. si unus. §. 4. vers. item ne.* Enimvero etsi actio nulla post transactionem superest; si tamen actio ex maleficio talis sit ut damnatum sequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo. *l. 1. ff. de his qui notant. infam. Inst. §. 2. de pœn. tem. litig.*) reus, qui transigit pretio dato, liberatur quidem ab auctore: cæterum notam non effugit infamiæ. *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. d. tit.* qui textus omnes de pacto transactionis causa facto loquuntur. Quod si quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed prætoris auctore, non notatur. *d. l. 6. §. 3. & 4.* Sed & si talis sit actio, ex qua damnatum non sequitur infamia, qualis est actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio descendens (nullum enim interdictum famosum est. *l. neque. 13. ff. de vi. & de vi. arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio seu dato aliquo paciscitur, licet sine prætoris. Itaque manifeste fallitur Pacius ad *l. transigere. 18. C. hoc tit.* putans de delicto privato gratis tantum pacisci licere non data pecunia. Quod autem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali transigunt, seu pretio dato paciscuntur, infames fieri; id sciendum est pertinere ad transactiones, quæ fiunt post in jus vocationem, ubi iam in jure apud prætorem res agitur, aut post litem contestatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confessis habentur. *l. 5. ff. de his qui not. infam.* confessi autem pro judicatis. *l. 1. ff. de confess.* Secus igitur erit, si transactio facta sit judicio nondum instituto. Nam si ne vera quidem extrajudicialis confessio facit, ut reus habeatur pro judicato per *l. post rem. 56. ff. de re jud. l. un. C. de confess.* multo minus id efficiet ficta: siquidem plus valere fictio non potest, quam veritas. At ficta tantum est confessio, si quis pretio dato

paciscatur. *d. l. 5. de his qui not. inf.* quare qui de furto, injuria, rapina, dolo transigit antequam causa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta sit, is in ea causa est, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui post acceptum judicium transigunt de his causis ex sola pactione infames fieri: quoniam nec confessi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, sed pro convictis potius, utpote qui post confessionem etiam sententia judicis adhuc damnari debent. *l. 3. l. 5. l. ult. ff. de confess. ut hæc confessio non tam judicati, sicut illa, quæ in jure apud prætorem fit. d. l. 56. ff. re jud. d. l. un. C. de confess.* quam probationis vim habere debeat. Sed non est absoluta inter hæc convenientia: nam transactio fit sine iudice, nec eam sequitur condemnatio: confessio autem fit apud judicem, cujus officium est, ut de ea re, de qua cognovit, etiam sententiam ferat. *l. de qua. 74. ff. de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in proposito, puta de furto aut rapina confessus, per sententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione secuta infamis fiat: sed præcipue respicit intentionem & petitionem actoris, ut iudex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipsa rei confessione satis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem a jure est, & edicto notantur furti &c. non solum damnati, sed etiam pacti. *l. 1. l. 4. § ult. Et 2. ll. seqq. ff. de his qui not. infam. §. ex quibusdam. Inst. de pæn. tem. litig.* Et alioqui non melior esset conditio reorum, qui actione famoso ex contractu, puta depositi, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famosa delicto, contra expressa edicti verba, & d. §. ex quibusdam. Longior fui in re non satis explorata: quanquam mores hodierni nonnihil diverfi. vid. *Groenew. de ll. abrog. ad §. ex quibusdam. Inst. de pæn. tem. litig.* De majoratu an transigi possit, vide *Gomef. ad l. Tauri. 40. n. 86.*

C A P. V.

De transactione facta super his, quæ testamento relicta.

1. De controversiis ex testamento descendentibus transigi non potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti, & quare.
2. Occurritur Cujacio & Ferreto, atque exponitur *l. 1. §. 1. testam. quem. ap. adminiculante Græcorum auctoritate.*
3. Declaratur. *l. 12. ff. h. t.*
4. Quid si transactio facta non adjecta clausula, cognitisque verbis &c.
5. Exponitur. *l. Lucius. 78. §. ult. ff. ad Sc. Trebell.*
6. Quid juris, si quæstio oriatur ex testamento nuncupativo.
7. Quid si transigentes inspectioni tabularum renuntiaverint.
8. Quid juris, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum.
9. An sufficiat generalis renunciatio, saltem jurata.
10. An gratis pacisci liceat de hujusmodi controversiis non inspecto testamento.

1. **D**E controversiis, quæ ex testamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. *l. de his. 6. ff. hoc tit. l. 1. §. 1. ff. quemadm. test. aper. fac. l. ille a quo 13. §. 3. ff. ad Sc. Trebell. l. ult. C. de reb. cred. & jurejur. & hoc ipsum Demosthenes expressisse vide-*

videtur ἐν παραγραφῇ ὑπὲρ φορμίων, in hæc verba, πρῶτον μὲν γὰρ τις ἀν' ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα, ἐξ ὧν ἤμελλεν εἰσεσθαι τὴν κατὰ ληφθεῖσαν εἰρήνην; εἰδὲ, εἰς, δὴ-
 πρ. 1. *Quisnam patrimonium divideret non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum esset, cognosceret? Nemo sane unus.* atque hæc est exceptio regulæ quæ traditur in *l. sub prætextu*. 19. *C. hoc tit.* sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide factam non rescindi. *fac. l. 3. §. 1. ff. eod.* Quod si testamentum a transigentibus inspectum sit, valet transactio etiam de legato aut fideicommissio conditionali, *l. 1. C. de pact. l. de fideicommissio*. 11. *C. hoc tit.* quamvis repudiatio non valeat. *l. si ita. 45. §. 1. de legat. 2.* de quo nos pluscula *c. 18. tract. de pact.* Cur autem placeat transactionem de controversiis ex testamento ortis non valere nisi inspectis cognitisque testamenti verbis, ratio hæc est, tum ne qui testamenta supprimunt aut consulta opera diutius occultant, iniquum lucrum inde capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ipsis incertum est, accipiendum. *arg. l. 8 pr. ff. hoc tit.* tum quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere etiam publice interesset creditur. *l. vel negare. 5. ff. test. quemad. aper. ita Bart. & DD. in d. l. 6. Sand. l. 4. tit. 5. defin. 15. & alii.* Quæ profecto ratio non est inepta, quamvis id Cujacio in *l. 1. ff. hoc tit.* videatur: nam & eadem ratio fecit, ut ne super alimentis testamento relictis sine prætoris transigi possit. *d. l. 8. pr. eod.*

2. Putat Cujacius (quod & Æmilio Ferreto videtur) *d. l. 6. ff. hoc tit.* aut peregrinam esse, aut a proposito alienam: nam apud Gajum in *d. l. 1. §. 1. ff. test. quem. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem responsi in hunc titulum coniecit, nimirum illam ipsam *l. 6. hoc tit.* cujus tamen sententia falsa sit, si verbum istud referas ad conventa seu composita. Imo contra verba hæc, *neque sine judice transigi*, quæ sunt Gaji in *d. l. 1. §. 1. test. quem. aper.* non ad judicata aut sententias judicum, sed ad conventiones referenda esse, vel illud argumento est, quod alioqui in absurdam & stultam excurrerent locutionem. Quis enim ita loqueretur, sine judice judicari non potest? aut quis unquam mortalium de eo dubitavit? Sed etsi ponamus Tribonianum verba Gaji alio sensu, quam ipsum Gajum accepisse: adhuc tamen non quod Gajus sensit, sed quod secundum intellectum Triboniani sanxit Justinianus pro jure habendum erit. Sed non est obscura Gaji sententia, & nempe hæc neque partes transigere posse de testamento relictis sine judice, apud quem scilicet tabulæ aperiri solent, neque aliter judicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, non quod ipsa transactio auctoritatem judicis delideret, sed tabularum apertura & publicatio ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit. *a. l. 1. pr. l. 4. l. 5. ff. test. quem. aper. l. testamenta. 18. C. de testam.* quomodo & Wesenbecius parat. *ff. d. tit.* Costalius in *l. 6. ff. hoc tit.* Borcholt. *c. 3. de transact. n. 14.* qui & merito ibi notant Accursium, Bald. Bart. quod plus hic sententiæ judicis tribuunt, quam privatorum transactioni, quasi judici liceret, etiam sine inspectione tabularum, sententiam ferre. Sed & postquam hæc scripseram, animadverti Græcos quoque quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius solet, non alio sensu, quam nos ea accipimus, verba Gaji reddidisse: sic enim illi synopsis Basil. hoc tit. *Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἔχόντων ἔτε διαλύεσθαι δυνατόν, ἔτε τὴν ἀληθῆς ζητεῖσθαι, μὴ προνομισμένων*

ζομένων τῶν τῆς διαθήκης ἐνμάτων. Neque enim opinor Græcos unquam usos esse τῶ διαλύεσθαι ἀντὶ τοῦ κρῖνεσθαι ἢ διαλύεσθαι.

3. Non obstat. *l. 12. ff. h. t.* nam non est audiendus, qui facta inspicendi copia, postea causetur de eo solo cogitalse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit: apparet vero ex ipsis verbis in specie illic proposita factam transigentem fuisse testamenti inspicendi copiam atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ imputare debet negligentia.

4. Utique non eo minus rata esse debet transactio, quod adjecta non sit clausula *vis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur contrahentes gnaros fuisse eorum quæ testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio forte lectum non sit. *Bart. in d. l. 6. Fab. Cod. suo for. hoc. tit. defin. 1. Sand. d. loc.* Quando autem hæc scientia præsumenda sit, *vid. Menoch. 6. præf. 23. n. 60. Bart. in l. 22. §. ult. de V. O. n. 13. Christin. vol. 1. decis. 4.*

5. Frustra hic Ant. Faber objicit responsum Scævola. *l. Lucius Titius. 78. §. ult. ff. ad Sc. Trebell.* Nam in casu, quem illic Scævola proponit & decedit omnino credendum & præsupponendum est, omnia legitime fuisse acta: testamentum inspectum fuisse, atque ex verbis testamenti satis constituisse de fideicommissio: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum puta codicillos, quibus fideicommissario plus, quam testamento, relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent reperta. Valde autem jejunum est, quod ex Joanne objicit Accursius, post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam: quasi vero adhuc quæri non posset de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti utrum Falcidia locus &c.

6. Quid autem dicemus de testamento nuncupativo? & siquidem, ut hodie fieri solet, probationis causa testamentum per notarium in scripturam redactum sit, idem omnino dicendum est, quod de testamento scripto: sin minus, non aliter transigi utiliter poterit, nisi examinatis testibus & cognitis testificatis, aut certe nisi aliunde partibus constet de dispositione testatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in *d. l. 6. n. 6.* & Castrensi *ibid. n. 7.* assentior, sic in universum definitibus satis esse ut transactio valeat, si de tenore testamenti transigentes edocti fuerint, puta per notarium aut testes qui præsentis fuerunt, licet illud non inspexerint. Satis enim apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l. 6. ff. hoc tit. d. l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* hunc esse unicum inspectionis finem, ut tenor dispositionis non ignoretur.

7. Sed quid si transigentes inspectioni testamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura est facta tabulis non inspectis transactio? Negat id quidem Accursius efficacem esse existimans renunciationem, propterea quod unicuique permisum est renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt. *l. pen. C. de pact.* Sed magis est, ut adhuc transactio inutilis sit, & renuntiatio inefficax. Ratio est, quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus substantiam renunciare non licet. *l. 5. C. de legib. l. 6. C. de pact. l. nec ex prætorio. 27. de reg. jur.* Accedit & altera. quod tabularum inspectio in eorum odium, qui testamenta occultant, introducta est, nec tam in favorem transigentium, quam ipsius testatoris; cui favori utique alius renunciare non potest. Eademque plane hic subest ratio, quæ in filiosam. renuntiante SC. Macedoniano, quem ideo huic SC. frustra renunciare interpretes nostri recte tradunt, quia id factum est in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris respicit. *l. 1. ff. de SC. Maced. Christin. vol. 1. decis. 14. n. 5. & 6.* Itaque minime obstat *l. pen. C. de pact.* quippe quæ

10-

loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii soli renuntianti & in ejus solius favorem concessi. Ita *Bart. Bald. Salic. Castr. Angel. Jaf. in d. l. 6. ff. hoc tit.* sed nos paulo explicatius.

8. Porro hoc posito, de controversiis ex testamento emergentibus non licere transigere, nisi inspectis testamenti verbis, neque id jus labefactari simplici inspectionis renuntiatione, quaesitum adhuc est ulterius, quid nempe juris sit, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum. Dicendum est non eo magis transactionem valere: quoniam nulli actus jure nostro civili vetiti aut invalidi, robur a jurejurando accipiunt. *l. 5. C. de legib.* Cæterum si de jure canonico quaeratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus simpliciter prohibiti atque invalidi sunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum foveant nutriuntque, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius adhuc peccatum, quod juvaveris, servare. At enim causa, ob quam transactio de rebus testamento relictis tabulis non inspectis facta improbat, tota est juris mere positivi: neque enim qui citra illam inspectionem transigit, eamque transactionem ratam habere mavult, quam infringere, potest dici peccare, aut quid quod natura turpe iniquumque sit, facere, si inspectioni renuntiaverit, si non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia sponte præstita sine exceptione servanda sunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in dispendium æternæ salutis. *C. inter cætera. causa 22. quæst. 3. C. cum contingat. x. de jurejur. C. quamvis. de pact. in. 6. & ibi Covar. p. 2. §. 4. n. 5.* atque hæc communis quoque est inter pp. sententia, *Borcholt. tract. de transact. c. 3. n. 21. & seq. Sande lib. 4. tit. 5. defn. 15.* qui plures allegant.

9. Cæterum non sufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii, aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum est ex testamento vel ab intestato, aut mentionem esse factam alicujus testamenti in genere: sed ut juranti obstat, desideratur renunciatio specifica inspectionis ejus testamenti, ex quo jus illud dependebat. *Bart. & Jaf. in l. qui Romæ. 122. §. ult. ff. de verb. oblig. Rol. a Valle vol. 1. conf. 13. n. 27. & seqq. Tiraquel. in præfat. l. si unquam. C. de rev. don. n. 161. Cacheran. decis. 112. n. 10. & seqq.* Et hinc illa pragmaticorum cautela, ut is, qui cum aliquo transigere cupit de re testamento relicta, instrumento transactionis curet inseri, *viso perspectoque testamento.* *Bart. Castr. in l. 6. ff. hoc tit. Sichard. in l. sub prætextu. 19. n. 7. Leonin. conf. 32. n. 13. Gail. 2. obs. 139. n. 10. Sande ubi supra.* Igitur ut concludamus, irrita est transactio de controversiis ex testamento descendens facta sine tabularum inspectione, licet huic inspectioni renunciatum fuerit, nisi jurejurando firmata sit renunciatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex dispositione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenienter omne jusjurandum, non impium, nec iniquum aut turpe sine exceptione servari jubetur.

10. Cæterum cum Gajus utroque illo loco, nempe & in *l. 6. ff. hoc tit.* & in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, dubitari adhuc potest de pactione gratuita an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus ante inspectionem tabularum pacisci, litemque gratis remittere. Accursius putavit non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere; cujus sententiam secuti sunt

Cc

Bart.

Bart. Bald. & Angel. in d. l. 6. Contra vero Albericus de Rosate, Guilielmus de Curno, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat & nostro quidem iudicio rectius. Nam quod Accursius, eumque secuti pro vero supponunt eandem hic esse pacti gratuiti & transactionis rationem, falsum est & παῖτον ψεύδος. 1. Longa enim inter pactum & transactionem in casu proposito differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur, cum utique velit habere, quod sibi testamento relictum est; at is, qui ultro totum remittit, non decipitur, & potest quilibet jus sibi delatum repudiare. Frustra vero pro contrariae sententiae firmitate adducit Bartolus l. 3. §. 1. l. 9. §. ult. ff. hoc tit. l. tres fratres. 35. ff. de pact. si quidem omnibus istis locis aperte agitur de transactione seu pacto decidendi causa interposito. Sed ponamus ita, sit in casibus illic propositis pacti & transactionis eadem ratio: quid tum postea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quaestione proposita, licet transactio sit inutilis. Ac tamen si verum est, quod Paulus l. 1. sent. tit. 1. scribit, de his rebus pacisci nos posse, de quibus transigere licet; ex contrario tamen, de quibus rebus transigere non licet, aliquando pacisci possumus: verbi causa de re iudicata aut jurejurando decisa transigere non licet, pacisci tamen donationis causa possumus. Quapropter cum textus illi ante memorati l. 6. ff. hoc tit. l. 1. §. 1. ff. test. quem. aper. solummodo transactionem prohibentes, contineant aliquid singulare & transactionis proprium, temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAP. VI.

An & quatenus de alimentis transigere liceat ad l. cum hi. 8. ff. h. t.

SUMMARIUM.

1. De alimentis praeteritis transigere licet, non de futuris. & quae sit ratio differentiae.
2. Orationes Principum cur etiam senatusconsulta appellentur.
3. Ratio juris transactionem de alimentis prohibentis.
4. Praetor pro tribunali de transactione alimentorum cognoscere debet.
5. Cognitio haec non est jurisdictionis ordinariae, sed specialis concessionis.
6. Alimentorum appellatione quid contineatur.
7. Quid verbo victus.
8. Transactione de alimentis facta non continetur vestitus & habitatio, & quam rationem hoc habeat.
9. Non semper quod in annos singulos relinquitur, alimentorum causa relictum intelligitur.
10. Quid si alimenta relictia sint homini locupleti.
11. Quicquid sit, quod alimentorum gratia relictum est, ad orationem pertinet.
12. Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an ususfructus debeat.
13. Oratio tantum ad alimenta suprema voluntate relictia pertinet, non ad ea, quae ex conventionione debentur; cum ratione diversi juris.
14. An etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata? ubi & insignis error Borcholti notatur.

15. De-

15. *Declaratur obscurus locus Marciani in l. 21. §. 1. de leg. præst. cont. tab.*
16. *Quæ a prætore in transactione alimentorum examinanda.*
17. *Quid juris, si alimentarius sine prætore transigens transactionem firmet jurejurando.*
18. *Enodatio §. eam transactionem. l. 8. h. t.*
19. *Casus, quo procedit transactio citra prætoris auctoritatem. Item alius. n. 20.*
21. *An gratis citra prætorem de alimentis pacisci liceat.*

TRACTATUR hæc quæstio ab Ulpiano in *l. cum hi. 8. ff. hoc tit.* & quidem satis copiose, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere potest controversiæ, ejus decisionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario excutimus & sicubi opus erit, etiam apertius declarabimus.

1. Igitur cum quæritur, an transactio de alimentis valeat, ante omnia distinguendum est inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis transigi etiam inconsulto prætore potest: de futuris autem alimentis transigere non licet nisi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præsidis. *l. de alimentis. 8. C. hoc tit.* Ratio differentiæ est, quia ex præteritorum transactione nullum alimentario periculum est, sicut ex futurorum: nam per transactionem de futuris intercipi periculum & relinquentis consilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis fit transactio, jam causa illa metuendi ne alimenta intercipientur sublata est. Immo præterita alimenta proprie non sunt alimenta; sed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod testator ea destinaverat: & ideo in oratione Divi Marci non additur *de futuris. d. l. cum hi. ff. hoc tit.* & in *d. l. de alimentis. C. eod.* quæ orationem interpretatur, præterita alimenta dicuntur annorum præteritorum, futura insequentium.

2. Jus hoc primum introductum est oratione Divi Marci, teste Ulpiano in *d. l. cum hi. ff. h. tit.* At idem tamen Ulpianus hoc tribuit senatusconsulto *l. eleganter. 23. §. 2. ff. de cond. indeb.* nimirum quia, uti moris erat, in sententiam orationis Divi Marci postea etiam senatusconsultum conceptum & factum est. Solebant enim olim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam postea senatusconsulta concipiebantur. *l. oratione. 16. ff. de rit. nupt. Tacitus lib. 11. Annal. Orationem Principis secuto patrum consulto primi Hædrii senatorum in urbe jus adepti sunt.* Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis. *l. si & rem. 22. ff. de hered. petit. senatusconsultum passim appellatur. l. item veniunt. §. præterea. 6. & seqq. eod.* & quod oratione Imperatoris Severi cautum dicitur ne tutores & curatores prædia rustica vel suburbana distraherent, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* alibi adscribitur senatusconsulto. *l. non fit. 12. ff. d. tit.*

3. Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d. l. cum hi.* nimirum ne homines tenues & exiguæ fortunæ, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia præsentis contenti, facile transigant. Cui accedit & singularis hujusmodi dispositionis favor, ne pia testatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiae succurrere volentium eludatur, & alimentarius contra quam prospexerit testator, postea egeat. Etenim dubium non est, quin fiat contra voluntatem testatoris, si alimenta transigendo intercipientur, qui ideo ea in annos singulos aut in singulos menses distribuit, ut esset legatario, quod quotannis aut quod mensibus ad

supremam usque senectutem suppeteret. Voluit itaque optimus & prudentissimus princeps auctoritatem magistratus hic intervenire. Cæterum prior illa ratio ducta a tenuitate alimentarii tantum est *προνταρχική* impulsiva seu irritatrix; & ideo cessante ea non protinus cessat vis orationis: nam ut est in *d. l. cum hi. §. nihil autem. 7.* etiam si hi quibus alimenta relicta sunt, satis sint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimæ voluntatis, tum & hoc fortassis consideratum, posse fieri, ut quis bona sua amittat & facultatibus exuatur, atque id etiam spectasse restatorem. An causa alimentorum inter causas pias numeranda sit, *vid. Christin. vol. 1. dec. 160.* Committitur hæc res prætori *d. l. cum hi. pr. §. 1. & passim.* nempe in urbe: nam in provinciis ad proconsules & præfides ea cognitio pertinet, *d. l. cum hi. §. sed nec. 18. l. de alimentis. C. eod. inter-* dum ad procuratorem Cæsaris in provinciis, aut præfectum ærarii in urbe res ista spectat, nimirum si a fisco alimenta debeantur. *d. l. cum hi. §. transactiones. 19.* Nam & alias de lite inter fiscum & privatum procuratoris Cæsaris est cognitio. *l. 1. C. de jurisd.* Quod si citra auctoritatem prætoris transactio interposita fuerit, inutilis & nullius momenti erit, *passim d. l. cum hi.*

4. Debet autem prætor rem cognoscere; adesse aut interesse negotio, aut transactionem citra causæ cognitionem probare non sufficit. *§. si prætor. 17 d. l. cum hi.* cui loco frustra objicitur, quod rei etiam inique judicatæ auctoritati standum est. *l. servo. 65. §. 2. ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de just. & jur.* Nam id demum verum est, si causæ cognitio præcellerit. *l. ex stipulatione. 7. C. de sent. & interloc.* ut recte Glossa, licet a Castrensi improbata & tunc idem locum haberet etiam in casu nostro. Sed nec in *dd. ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, uti hic fit, ubi hæc forma transactioni præscribitur, ut fiat auctore prætore adhibita causæ cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & transactionem probare prætorem oportet, non ex plano: quæcunque enim causæ cognitionem & decretum desiderant, per libellum expediti non possunt. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de offic. procons.* & ideo si de plano transactionem permiserit prætor, non eo magis rata erit transactio. *per l. minorum. C. de præd. minor. l. a procedente. C. de dilat.*

5. Cognitio hæc non est jurisdictionis ordinariæ seu proprie sic dictæ & genuinæ, sed extraordinariæ & adventitiæ, atque ex eorum genere, quæ magistratui competunt non jure sui magistratus, aut vi jurisdictionis suæ, sed ex speciali concessione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac causa prætor jurisdictionem suam potest, sed ipse causam cognoscere debet. *d. l. cum hi. §. sed nec. 18. junct. l. 1. pr. ff. de offic. ejus cui mand. jurisd.* de quo nos magis serio in *tract. de jurisd. c. 8.*

6. Alimentis legatis responsum est cibaria & vestitum & habitationem deberi, quia nec his aliud corpus non potest: cætera autem, quæ ad disciplinam pertinent, non continentur nisi aliud testatorem sensisse probetur. *l. 6. & l. seq. l. ult. ff. de alim. leg.* Itaque tineri, alimentorum appellatione continentur non solum diaria, *ἡ τροφή* sed etiam generalia. *ἡ ἐκ τῆς ὑγῆς οἰκονομίας.* Diariorum vero vel cibariorum appellatio vestitaria & habitatio legatis, neque habitatio, neque vestiarium debetur, sed cibus angustior est, his enim *ἐνταξάτω* & potulenta, *τὰ οὐτρία σπις ἐν δρανκ.* Et sic nos sermone tantum, seu esculenta de *onderhoud en kost*, quorum illud alimentis, hoc cibus vernaculo distinguimus. *Prod. ad jurispr. Bat. 22.* ubi male in margine nomen *viçtus* positum ad declarandum.

7. Bel-

7. Belgicum *kost*: nam verbo *viçtus* continentur non solum quæ esui potuique sunt destinata, sed etiam vestimenta, & cætera, quæ ad vivendum homini necessaria sunt. *l. verbo viçtus. 43. cum 2. ll. seqq. l. quos nos. 234. §. 1. ff. de verb. sig.* ac proinde & habitatio, *hvisvestinge*: siquidem nihil plane interest, viçtus, an alimenta legata sint. *l. ult. ff. de alim. legat.* Atque eadem fortasse res causam errandi dedit Groenewegio *tract. de ll. abrog. ad l. 6. eod. tit.* dum Latinum *viçtus* explicat per Belgicum *kost*, eoque negat habitationem contineri: quasi nomine Belgico *kost* etiam vestimenta contingerentur, contra quam Grotius *d. loc.* & Latino verbo *viçtus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifestum est. Nec quicquam juvat Groenewegii explicationem, quod in *d. l. verbo viçtus. 43. & seqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum illic agatur de viçtu exhibendo debitoribus, quos creditor iudicatos sibi & addictos, donec solverent, quod in condemnationem deductum erat, domi suæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, nisi de suo vivere mallent, creditor alimenta viçtumque præbere cogeatur, ut a doctis viris pridem observatum est.

8. Cæterum hoc jam posito, alimentorum appellatione & cibaria & vestitum & habitationem contineri, qui sit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *d. l. cum hi. §. qui transigit. 12.* negat eum, qui de alimentis transigit, de habitatione aut vestiario transigisse videri. Respondeo cum, qui simpliciter de alimentis transigit, intelligi de alimentis in specie & maxime proprie dictis, id est, de cibariis, quibus proprie corpus nostrum alitur & sustentatur, deperditumque restauratur; non de vestiario aut habitatione transigisse; tum propter favorem alimentarii, quam ob causam Divus Marcus specialiter de singulis istis transigere voluit. *d. §. qui transigit.* tum propter strictam transactionis naturam. In testamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur. *l. in testamentis. 12. ff. de reg. jur. l. plenum. 14. §. 2. ff. de usu & hab.* Enim vero si de universis alimentis prætoris auctore transactum proponatur, dicendum est non cibaria tantum, sed etiam habitationem, vestimenta, calceamenta, & cætera, quibus tegendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea transactione contineri. *d. l. cum hi. §. arbitrato. 16.* Potest autem quis & de re una aliqua transigere, veluti de habitatione, de vestiario aut calciario, arbitrio tamen prætoris. *§. sed & si. 13. & seq. d. l. cum hi.* sicut & de parte alimentorum. *d. l. §. arbitrato.* nec obstat, quod legatum pro parte repudiari non potest. *l. 4. ff. de legat. 2.* nam qui de parte transigit, non repudiat eam, sed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque interest, an relicta sint alimenta in singulos annos, an in menses singulos sive dies; perpetuo, an usque ad certos annos. *d. l. cum hi. §. siue igitur. 3.*

9. Plane non protinus quod in singulos annos alicui relictum est, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam si homini honestioris loci certa quantitas in annos singulos relicta sit, puta salarium annuum, vel usufructus, honoris potius, quam alimentorum causa id relictum intelligi debet; & ideo hoc casu transactio etiam sine prætoris facta valebit: nisi forte ex circumstantiis appareat testatorem de alimentis sensisse, verbi causa, si modicum quid annuum, aut modicus usufructus relictus sit, & præsertim si homini tenuiori: nam & minuta plerumque sunt, quæ alimentorum causa relinquuntur, & tenuioribus *ἐπι τὸ πλεῖστον* alimenta relinqui solent. Hæc vera est Ulpiani in *d. l. cum hi. §. 23.* sententia. Ac proinde male ex hoc loco.

10. Costatius & Badius colligunt, hominem honestioris loci de alimentis sibi relictis etiam inconsulto prætore transfigere posse; omniaque privilegia, quæ alimentorum causæ tributa sunt, cessare, si alimenta relicta sint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum causa relinquitur, nihil interesse locupleti id, an pauperi relictum sit, manifeste liquet ex §. *nihil autem*. 7. d. l. *cum hi*. Ubi vero simpliciter aliquid in annos singulos relictum est, tunc adhibenda superior illa distinctio: & ita Paul. de Castro.

11. Quicquid autem alimentorum gratia relictum esse apparet, ad orationem pertinet. Unde etiam si integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex usuris ejus se alat, & mortis tempore sortem restituat, non cessabit oratio, licet non in annos singulos id relictum videatur. §. *si integra*. 4. d. l. *cum hi*. Neque interest, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta sint relicta. d. l. *cum hi*. §. *si cui*. 24. In summa, etiam si lis sit & dubitetur an alimenta debeantur, tamen de lite transfigere inconsulto prætore non licet, ne circumveniat oratio. d. l. *si cui*. §. *si cum*. 20.

12. Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, absque prætore fieri potest: veluti si agatur de fundo ad alimenta relicto distrahendo, vel de obligato in causam alimentorum liberando; nam neque legatus alienari, neque obligatus solvi sine decreti interpositione potest. §. *si uni*. 15. d. l. *cum hi*. Exoritur hoc loco quæstio, fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an ususfructus debeatur. Accursius ait proprietatem quidem legatam videri, sed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hæcenus, ut si quid superfluum inveniat in redditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam sibi habeat legatarius. Albericus, Bart. Bald. Castr. Jason contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii transire; quibus assentior. Nam & Modestinus in l. 4. ff. d. *alim. legat.* diserte ait ipsum prædium in proposito legatum videri, ut pleno dominio istud legatarius habeat, non per solum usumfructum, eoque post diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus transmitti; & idem Ulpianus quoque non obscure indicat in d. l. *cum hi*. §. *si uni*. 15. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati distractione & transactione arbitrari debere: nisi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus distractio fieri posset. Itaque licet facta sit alimentorum mentio, quæ morte finiri solent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem, legatarii fundus ita relictus transmittetur, & consulto prætore etiam alienari poterit: quippe illa verba *ad alimenta*, magis ad causam legandi pertinent, quam ad usumfructum constituendum. l. *pen. in fin.* ff. d. *alim. legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13. Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ testamento aut qua alia suprema voluntate defuncti relicta sunt: non ad ea, quæ ex conventionem mortis causa debentur: nam de his etiam sine decreto transigi potest. d. l. *cum hi*. §. *hæc oratio*. 2. Differentiæ ratio petenda a favore propositi & enixæ voluntatis defuncti alimentario consultum cupientis; quam voluntatem ideo & senatus subsequutus est. In conventionibus vero non eadem est contrahentium providentia: sed promissor fere sibi potius consulit, quam alimentario, divisit scilicet pensionibus. Qua ratione etiam sit, ut alimentorum legatum sit multiplex, stipulatio una: ut legatum morte finiatur, stipulatio non item: quod tamen fieret, si creditori prospiciendi causa contraheretur

tur stipulatio. *l. 4. l. 8. l. cum in annos. 11. ff. de ann. leg. l. si Stichum. 16. §. 1. ff. de verb. oblig.* Sed & obligatio ex consensu contrahentium orta, eorundem dissensu rectissime dissolvitur. *l. nihil tam naturale. 35. de reg. jur. add. Moller. lib. 5. semest. diff. 42. Don. ad l. 8. C. hoc tit. n. 8.* Sive autem ultima voluntate testati, sive extra testamentum ultima voluntate intestati alimenta relicta sunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommissum relicta sint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis causa donata aut ab eo relicta, cui mortis causa donatum est. *d. §. hæc oratio.* nam & mortis causa donationes & capiones legatorum instar obtinent: & is, cui mortis causa donatum est, quasi legatarius fideicommissio onerari potest. *l. ab eo. 9. C. de fideicommiss.*

14. Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata dubitari posse ait Borcholtus *tract. de transact. C. c. 3. n. 35.* Ratio dubitandi, quia duplex fit, inquit mortis causa donatio, una, quæ testamento relinquitur; altera, quæ fit ab intestato. *l. tam. is. 25. ff. de mort. ca. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera. *l. si filius. 21. §. 1. de leg. præst. cont. tab.* Attamen, inquit, dicendum est etiam ad alimenta, quæ mortis causa donata sunt ab intestato, orationem pertinere; quoniam J.Ctus non distinguit, utrum mortis causa testamento relicta, an ab intestato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit donationem mortis causa posse testamento relinqui, aut ab intestato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit a Doctore suo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib. 3. obs. 17.* quod a D. Severo constitutum dicitur. *l. 5. C. ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis causa donationibus habeatur, restringit ad casum facti testamenti: non autem quo donatio hujusmodi testamento relicta. Longe enim aliud est in testamento aliquid dare, aliud facto testamento; cum id fieri possit etiam extra testamentum, & ita cape *d. l. 25. de mort. ca. don.* Sic codicilli testamento facto recte fieri dicuntur. *l. 8. l. ab intestato. 16. ff. de jur. codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipso testamento fieri posse: quod non absurdum tantum, sed etiam contradictione implicatum est. Et quæso quid aliud sunt donationes testamento relicte, quam ipsa legata. *l. legatum. 36. de legat. 2. §. 1. Inst. cod.* Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis causa donationum & legatorum loquuntur. *l. Marcellus. 15. l. & si debitor. 17. l. illud. ff. de mort. ca. donat. l. ult. C. cod. §. 1. Inst. de donat.* distinguunt, utrum testamento facto mortis causa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis causa cum testamento, quid refert testamento condito facta sit, an ab intestato? Agnovit hoc quoque postea Cujacius, & mutata in melius sententia etiam in donationibus mortis causa ab intestato factis Falcidiam admisit. *lib. 20. obs. 6.*

15. Quod autem Marcianus in *l. si filius. 21. §. 1. de legat. præst. cont. tab.* ait, si pater intestatus decesserit, super donationibus mortis causa factis filium emancipatum queri non posse, quoniam eo casu nulla occurrat donationis mortis causa cum legatis comparatio, in eo J.Ctus respicit ad edictum de legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita, quæ in eum solummodo casum proposita fuit, ubi testamentum factum est, & per contra tabulas bonorum possessionem eversum. Nam id edictum non absurde ad donationes mortis causa produci, ubi testamentum conditum est, potuit. *d. l. 21. pr. cod. tit.* at non æque in casu intestati petita bonorum

norum possessione unde liberi: quo casu si donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium superest, quam querela inofficiosa donationis. *tit. C. de inoff. donat.* Sed hæc ἐν παρέρῳ.

16. Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda sit transactio, nec ne. In primis autem quærendum est de causa transactionis; nam neminem sine causa transigere volentem audiet prætor. *d. l. cum hi. 8. §. 8. & seq.* ubi & quid requiri in causis transigendi soleat, docetur. Deinde inquirendum de modo transigendi, & transactionis quantitas pro ætate & valetudine transigentis arbitranda. *d. l. cum hi. §. vult. 8. & §. modus.* in cujus §. sine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipsum obtinet, cum quid annuum aut in annos singulos relictum est citra contemplationem alimentorum. *l. 4. l. 8. ff. de ann. leg. l. si Stichum. 16. d. verb. oblig.* sed tunc cessat oratio. *§. si in annos. 23. d. l. cum hi.* Postremo & personæ transigentium considerandæ. *d. §. vult. 8.* & in persona alimentarii spectandum sit ne vitæ frugi, & qui alias sibi sufficere possit; an sequioris, qui de alimentis dependeat. In persona ejus, a quo alimenta relicta sunt, cujus sit propositi & existimationis, quæ ejus facultates. *§. sed & 11. d. l. cum hi.* Ad personas quoque referri potest, quod nec plurimum alimentarium inter se facta transactio sine prætoris auctoritate rata sit, qui casus est *§. si uni. 15. d. l. cum hi.* Ratio est, quia in præjudicium alterius vergere transactio potest. Eodem quoque refero speciem *§. sed & si. 5. d. l. cum hi.* ubi dicitur orationis locum non esse legatario aut fideicommissario a quibus alimenta relicta sunt, transigentibus, nimirum etsi non licet alimentario sine prætore transigere cum eo, a quo alimenta relicta sunt, sive is heres sit, sive legatarius aut fideicommissarius; nihil tamen impedimento est, quo minus legatarius aut fideicommissarius cum herede de re aut quantitate sibi relicta transigant; cum horum transactione jus alimentarii non minuitur. *d. §. sed & si.* ubi pro ad hoc quidam codices habent *ab hoc*, ut Accursius notat, & rectius censet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommissum agitur.

17. Quæri & hic potest, & solet idem, quod in transactione de controversiis ex testamento ortis, facta cum renuntiatione inspectionis tabularum, eaque jurata, ut cap. præced. quid scilicet juris sit, si alimentarius sine prætore quidem transegerit, sed transactionem firmaverit juramento, an non saltem jurata transactio de alimentis valere & rata atque efficax esse debeat, quamvis inconsulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, respondendum est; si de jure civili quærat, nullos in universum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento. *l. 5. C. de leg.* Juris vero Canonici alia ratio est, quippe secundum quod jurandum omne validum est, quod sine dispendio salutis servari potest. *C. quamvis de pact. n. 6.* Jam vero apertissimum est ob civilem duntaxat rationem transactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuisset ista prohibitio, & semper solennitas ista obtinuisset, quæ tamen primum auctorem habet D. Marcum. Quod si naturalem aut moralem haberet prohibitionem, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur. *c. non est oblig. de reg. jur. in 6. vid. Covar. in d. c. quamvis. p. 2. §. 6. n. 12. Fachin. 3. contr. 21.* Subjungamus nunc aliquot exceptiones sive casus, quibus transactio cum alimentario facta etiam citra prætoris auctoritatem rata habetur. Casum unum habemus in *§. cum transactionem. 6. d. l. cum hi.* nempe si alimentarius transigendo con-

conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim Divo Marco propositum fuit alimentario prodesse, non officere, aut commodis ejus obflare.

18. Cæterum quod in *pr. d. §. eam transactionem*. dicitur oratione improbari eam transactionem, quæ ideo fit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat, ei obflare videtur, quod mox subjicitur, posse & inconsulto prætore transigi, ut quod per singulos annos alimentario relictum est, consequatur per singulos menses; aut quod per singulos menses relictum, consequatur per singulos dies. Non enim perpetuum aut absolute verum est, quod Ulpianus ait, tali transactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim potest, ut alimentarius pecunia repræsentata statim consumpta reliquum tempus egeat. Dicerem potius Divum Marcum eas solummodo transactiones prohibuisse videri, per quas alimenta intercipiuntur. In casu autem proposito, etsi unius anni aut mensis alimenta repræsentata citius consumpta sint, sequentium tamen annorum & mensium salva manent: & fieri ex contrario quoque potest, ut egeat alimentarius, si finito demum anno alimenta consequatur. Et hanc etiam ipsius Ulpiani sententiam fuisse arguit ratio, quam reddit in fine ejusdem loci.

19. Casum alium, quo transactio rata est etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d. l. cum hi. §. ult.* nempe si ad habitationem relictæ sit certa quantitas annua, & sine arbitrio prætoris ita transactum sit, ut præstetur habitatio. Ratio est, quia in hac specie satis fit voluntati testatoris. Illud enim curandum non est, quod ruinæ aut incendio subjecta est habitatio: nam & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconsulte, sed fato contingit. *l. verum. 11. §. item non. 4. ff. de minor. l. 1. §. si magistratus. 11. ff. de magistr. conven.* Ex contrario quoque si pro habitatione, quæ relictæ erat, convenerit, ut certa quantitas præstaretur, valet transactio & citra prætorem. *d. l. cum hi. §. ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujusmodi transactionem non receditur a forma legati, nec alimentarii conditio deterior efficitur, ut dici possit non satis fieri voluntati testatoris. Intelligendus autem haud dubio locus est de quantitate annua, & qua commoda habitatio conducì possit.

20. Potest denique huc referri & species *l. pen. d. l. cum hi.* quæ quodammodo media videtur: videlicet, si convenerit, ut alimentarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot mensibus acciperet: aut ex diverso, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum necessaria, genere tantum mutato. Etenim transactio quidem etiam sine prætore in hisce speciebus fieri potest: cæterum non aliter, quam si utilis sit alimentario, recipietur: sin minus, rejicienda est; ejusque rei arbiter & disceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ transactionis causa decretum interponit ex SC. sed & cum se inconsulto transactio facta est, de ea disceptat, rejicienda ea sit, nec ne.

21. Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta sibi relictæ donationis causa ex liberalitate remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætorem pacisci liceat. Negat id Costalius in *d. l. cum hi.* & ita Glossam & DD. omnes sentire ait, præter Fulgosium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus testamento relictis pactionem sine inspectione tabularum eandem quoque admittunt in quæstione hic proposita: sed qua ratione moveri potue-

D d

rint,

rint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta a transactione ad pactionem, aut aliorum a favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere potest. Et omnino verior hic quoque esse existimo sententiam affirmantium, Fulgosit, Jafonis, *Don. in l. 8. C. hoc tit. Conan. §. commen. 7. Bachov. C. 2. ad h. tit. n. 7.* Cujus ego assertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, sed tantummodo transactio, quæ prohibitio cum sit contra regulas juris communis, non est producenda ad consequentias. *l. quod vero. 14. & seq. ff. de legib.* Visum quippe est testatoris voluntatem conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat casus leges providere solent, in quos proclivior est excessus. *l. 4. §. 1. ff. ad SC. Vell. pr. Inst. quib. alien. lic. & tit. Inst. de leg. Fus. Can. toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare est & perdere. *l. cum de indebito. 25. ff. de probat. l. si quis. ff. de novat.* Secundo quia unusquisque quod sibi relictum est, repudiare & contemnere potest. Et quæso qua ratione quis impeditur, quominus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest utrum non petat prorsus repudietve, an remittat? Tertio quoniam in pacto simplici cesset ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris desiderat, ne scilicet alimentarius circumveniat: neque enim qui ultro remittit, decipi videri potest; sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præsens habere, quam singulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in alimenta oppigneratum alimentarius liberare potest. *§. si uni. 15. d. l. cum hi.* nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. Nec obstat ejusdem *l. cum hi. §. si prætor. 17.* quoniam illic non de alimentario remittente, verum de prætore negligente & citra causæ cognitionem transigi permittente agitur.

C A P. VII.

Quatenus in causis criminalibus transactio permittitur. *ad l. transigere. 18. C. h. t.*

S U M M A R I U M.

1. Capitale crimen quid, & unde dicatur.
2. Capitale interdum id solum significat, quod vindicatur morte.
3. Ratio ob quam transactio in causa sanguinaria permittitur tum reo, tum accusatori.
4. Reum quovis tempore transigere posse.
5. Accusatorem inchoata demum accusatione.
6. Consuetudo distinctionis Pacianæ.
7. Occurritur D. Matthæo contendenti accusatorem post institutam accusationem impune non posse transigere.
8. Effectus hujus transactionis.
9. Per hanc transactionem non fieri præjudicium causæ publicæ.
10. Non eandem hic transactionis vim esse, quæ rei judicatæ.
11. Crimen non perimi abolitione.
12. An magistratus nullo existente accusatore, ex officio inquirere possit.

13. Trans-

13. *Transigi non posse super crimine fugitionem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14. *An transactio permittenda in crimine majestatis & parricidii.*
15. *Explanatur l. ult. C. de abolit.*
16. *Quid si delictum tale sit, quod ordinaria pœna mortis non punitur; sed cujus pœna ex circumstantiis ad mortem usque extendi possit.*
17. *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18. *Rationes, ob quas de prima regulâ. transigere. excipiat adulterium.*
19. *An licita transactio de raptu.*
20. *An de stupro.*
21. *An de incestu.*
22. *Exponitur l. 1. §. 3. ff. de calumniat.*
23. *An etiam pactio in criminibus non capitalibus prohibita.*
24. *Pœna post litem contestatam de crimine non capitali transigentium, tum actoris tum rei.*
25. *An reus pendente judicio transigens habeatur etiam pro condemnato.*
26. *Quid hic in pactione gratuita.*
27. *Quid in transactione aut pactione facta ante judicium institutum.*
28. *Notatur aliquid singulare in crimine adulterii.*
29. *An in privatis criminibus licita transactio.*
30. *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falsi excipi de regula secunda l. transigere.*
31. *Confutatio hujus sententiæ.*
32. *Verbum citra apud bonos auctores nunquam usurpari pro præter, ut sit nota exceptionis.*
33. *Apud auctores hujus rescripti semper pro sine.*
34. *Apud Papinianum l. ult. ff. de calumniat. notam exceptionis esse non posse.*
35. *Vocem præter non semper denotare exceptionem.*
36. *Postrema clausula hujus rescripti contineri legis sanctionem.*
37. *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38. *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39. *Ostenditur locus, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40. *Verborum citra falsi accusationem verus sensus.*
41. *Francisci Hotomanni metathesis improbat.*
42. *Dispositio l. transigere. hodie fere cessat & inutilis est.*

NON omnes causæ, quantumvis dubiæ, sunt idoneum subjectum transactionis: sed civiles duntaxat, non criminales: quippe in quibus non privata, sed publica causa agitur. Pactiones autem nisi quæ de re privata fiunt, non valent. l. 6. §. si paciscar. 14. & §. generaliter. 16. l. si unus. 17. §. 4. l. jus publicum. 38. ff. de pact. Enimvero admitta est species quædam transactionis in criminibus capitalibus, non eodem jure aliquo pactionis aut transactionis genuinæ, sed miserationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat rescriptum Imp. Diocletiani & Maximiani l. transigere. 18. C. hoc tit. in hæc verba: *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.*

D d 2

Hujus

Hujus rescripti duæ sunt partes: una est de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1. Capitale crimen a capite dicitur, facinus nimirum capite luendum: nam capitale est, quod capitis poena luitur. In sanctionibus antiquis *Capital* vocatur. *Cic. 2. de legib. Fest.* in voce *Capital. l. ult. §. 1. ff. de term. mot. l. omne delictum. 6. §. si quis. 6. ff. de re milit.* Est autem poena capitalis per quam caput eximitur de civitate, sive id fiat morte sive maxima aut media capitis deminutione. *l. licet capitalis. 103. ff. de verb. sign.* Hinc capitalia judicia, quorum poena vel mors est, vel deportatio sive exilium aut aquæ & ignis interdictio, vel metallum. *l. 2. ff. de publ. jud. §. 2. Inst. cod. & rei capitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. l. 2. ff. de pæn. l. edicto. 13. ff. de bon. poss. atque ita passim l. cum. 10. ff. de jur. patron. l. qui cum. 14. §. 2. ff. de bon. libert. l. 4. pr. ff. si quis caut. jud. sist.* Græci in Basil. τὰ κεφαλὴν θάνατον ἀγλῶσι, καὶ πολιτείας ἐκπίπτειν. capitalia mortem significant & civitatis amissionem. Nimirum civitatis amissio morti similis est, & mors quædam civilis. *§. 1. Inst. quib. mod. patr. pot. solv. l. 1. §. filium. 8. ff. de bon. poss. cont. tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione: *l. verum. 63. §. societas. ult. ff. pro soc.* Sed & omnis causa existimationis Latine loquentibus capitalis dicitur. *d. l. licet capitalis. 103. ff. de verb. sign.* quamvis civilis causa sit, nec ex ea sequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres glossæ, *capitalis ἀτιμότης*, id est, capitalis causa est, quæ irrogat infamiam, cum tamen per solius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & significatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & existimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modestinus in *d. l. 103. de verb. sign. licet*, inquit, *capitalis Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est.* Et Cicero quoque *lib. 9. epist. 21. ad Pæt.* judicia capitis & famæ diserte separat.

2. Interdum vero *capital* id solum significat, ob quod caput non de civitate, sed de medio hominum tollitur sive cujus poena mors est naturalis, & supplicium supremum. *l. relegati. 4. ff. de pæn.* ubi Marcianus mortis quæ sola est, poenam capitis vocat, & deportationi opponit, & sic in *l. castitati. 9. C. ad leg. Jul. de adult. l. un. C. de crim. pecul. §. item lex Julia. 8. & seq. Inst. de publ. judic.* poena capitalis, capitalis animadversio, supplicium capitale, pro summo accipitur, κατ' ἐξοχήν videlicet, ut & alias judicium capitale pro αἵματος δίκη, seu sola causa sanguinis. Atque in postrema hac significatione etiam in hoc nostro rescripto crimen capitale sumitur, nimirum cujus non alia poena, quam mors est. Id vero ita esse & oppositio sequens in aliis autem criminibus, quæ sanguinis poenam non ingerunt, &c. demonstrat, atque ut hoc ab Imp. expressum non esset, ex aliis tamen locis sic hunc interpretandum esse disceremus. *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorsit, idem manifeste ostendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcunque poenam corporalem continent, puta fustigationem aut membri mutilationem, de quibus postea uberius.

3. Ajunt Imp. *Transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non est.* Hæc pars rescripti prima. Admissa igitur hic est & pactio gratuita, & transactio; ut scilicet

cet

et & reo liceat etiam cum pretio pacisci, & accusatori cœptam accusationem deferre five gratis five accepta pecunia. Nimirum, ut ante quoque dixi, admissa est in criminibus capitalibus, id est, iis, quæ sanguinis pœnam irrogant, transactionis quædam species atque imago: quoniam & accusatori causam cœptam omittere, & reo permisum est accusatori, ut omittat, aliquid dare: in quo similitudo transactionis. Proprie enim nulla transactio, nullum pactum est, nisi de re familiari, & quam quisque, ut ad se pertinentem, remittere potest. *l. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact.* Ratio autem, ob quam transactio hic permixta, non alia est, quam respectus quidam miserationis, quod Principes ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit. *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ex humanitate sic interpretantes, si quid reus accusatori dederit eumve corruerit, quasi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, salutisque & vitæ suæ redimendæ gratia, quam conscientia sceleris. Hoc autem admissio in persona rei, ut scilicet is de crimine capitali impune transigat, neque ob id pro convicto habeatur. *d. l. ult. ff. de prævar.* in consequentiam actori quoque impune esse debuit, si is ex pactione ab accusatione desisteret, accepta licet pecunia: cum alioqui transactionem nunquam sit admissurus, & ita futurum sit, ut miseris reis spes omnis redimendæ salutis suæ præcidatur. Proinde accusator desistens non modo non incidit in pœnam talionis, sed nec in pœnam SC. Turpilliani pecuniariam, de qua in *l. 3. §. ult. ff. de prævar.* neque etiam ut prævaricator dampnari debet. *l. ult. d. tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accusatione desistens impetrare necesse habet. Etenim si desistere sine pœna SC. potest, qui Principe permittente desistit. *l. desistisse. 13. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* poterit & qui desistit permittente jure publico. *l. Gracchus. C. ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci, quibus generaliter definitur eum, qui cum adversario de crimine transigit, incidere in pœnam SC. *l. 1. §. si quis. 7. l. 6. pr. l. in senatusconsultum. 15. pr. ff. ad SC. Turpill. l. 2. l. 3. C. de abolit.* aut restringendi sunt ad crimina non capitalia, seu quæ pœnam sanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem transigere non licet: aut si ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere volumus, addenda erit exceptio, nisi ex transactione cum reo facta accusationem omiserit.

4. Et reus quidem quovis tempore impune transigere potest, id est, tam ante, quam post accusationem institutam: eadem enim utroque casu permissionis ratio est, eadem magnitudo periculi five accusatio imminet, five pendeat, scilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat distinctionis aut restrictionis ratio. Denique leges quoque, quæ reo in causa sanguinis transigere permittunt generaliter atque indistincte loquuntur. Sed de accusatore quæsitum est, an & ipsi utroque tempore permixta de crimine capitali transactio.

5. Et puto ego non esse. Ratio est quia ante cœptam accusationem minæ de accusando speciem concussionis habent: ac proinde si quis accusationem minatus non gratis sed accepta pecunia desistat, procul dubio incidit in crimen concussionis. *l. 2. ff. de concuss.* quod & Hotomannus bene observavit *c. 23. illust. quæst.* Deinde cum ut supra quoque diximus, transactionem hic defendat, aut excuset potius ratio miserationis, nulla hæc est respectu accusatoris, quo tempore liberam adhuc accusandi potestatem habet, aut non accusandi. Itaque non valet hic argumentum a reo ad accusatorem. Hoc ergo dicimus, accusatorem inchoata demum accusatione impune transigere: & ratio est, quoniam jam ipse quoque accusator sanguinem suum redimit propter

Periculum talionis, quæ ex secutura mox in crimen subscriptione eum manet. *l. ult. C. de calumniat. l. ult. C. de accus.* Quid post inscriptionem? Puto etiam tunc posse: quia cum eo tempore vel maxime talione obstringitur, metu tanti periculi ab accusatione destitisse videri debet. Video tamen hanc temporis in accusatore distinctionem a plerisque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo semper parci.

6. Julius Pacius in *l. transigere. n. 20.* tribus modis contingere ait, ut accusator accepta pecunia discedat a iudicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concussionem metu illato pecuniam a reo extorqueret, nolens aliter quam accepta pecunia quasi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus suæ causæ diffidens pecuniam dedit, ut accusatorem corrumpere: aut denique pecunia data est, quia cum causa esset dubia, de ea transegerunt. Primo casu punitur, inquit, accusator propter calumniam & concussionem. Altero casu punitur reus propter corruptionem accusatoris: tertio casu cum transactio est permixta, ut in specie proposita, neuter punitur. De postremo casu facile Pacio assentior. Sed & de primo non repugno: nam si accusator ipse exigat pecuniam, nec alia lege se ab accusatione destitutum minetur, vix est, ut accepta pecunia non incidat in crimen concussionis: quamvis si ultro oblatam a reo eadem lege acceperit, ignoscendum ei videatur. Cæterum quod secundum casum attinet, in eo prorsus a Pacio dissentio, cum utique reo liceat quocunque modo sanguinem suum redimere, atque accusatorem suum etiam pretio dato corrumpere. *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.*

7. Antonius Matthæus *lib. de criminib. ad tit. 19. lib. 48. ff. c. 7.* converso modo distinguit, contendens accusatorem ante institutam accusationem absque ulla fraude sua transigere: post institutum vero iudicium, si transigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accusationem omittunt. *l. 1. l. 2. C. de abolit.* Itaque ex sententia D. Matthæi nunquam ei, qui re ipsa accusator est, impune licebit transigere; sed ei duntaxat, qui *τῆ δυνάμει*, qui crimen comperit, & abusive accusator dicitur, propterea quod accusator esse potest. Atqui diserte responsum est eum, qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis teneri. *l. 2. ff. de concuss.* quo colore, ergo dicemus eum posse impune transigere? Rursus si dicimus actorem post constitutum iudicium transigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum est, ut ipsi quoque reo inutilis sit transactionis permissio, eo quod metu hujus pœnæ a transactione deterrebitur actor; & sic reo fructus earum constitutionum auferetur, quæ sanguinem suum redimenti ignosci volunt. Sed & omnino probabile est, rescriptum ipsum Imp. directum fuisse ad accusatorem post institutam accusationem de transactione meditantem & super hoc consulentem principes. Tametsi autem non quemvis actorem, crimine non probato, statim talio manet, sed eum duntaxat, quem calumniatum esse iudex pronunciaverit. *l. 1. §. 3. Et 4. ff. ad SC. Turp.* sufficit tamen, quod similitudine supplicii obligatus sit, & non probato crimine ut calumniator damnari possit: etiam si forte falsum crimen non intenderit, sed tantum in probatione defecerit. Sed inquit D. Matthæus rescriptum in *l. 2. C. de abolit.* non potest intelligi de crimine non capitali, cum eodem rescripto jubeatur in reum inquisitio fieri: de crimine autem non capitali transigens pro victo habeatur. *l. ult. ff. de prævar.* At inquam, sic argumentando videtur vir doctus in partes nostras transire, & fateri reum super causa capitis transigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inquirendum

rendum sit : quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc insuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis poenam non ingerente tranſegit, ad ſupplicium rapi: ſed quamvis graviffimo ſe oneret præjudicio & juris præſumptione, quod conſcientia criminis adverſarium corruperit, opus tamen adhuc eſſe ampliori cognitione antequam ſequatur damnatio, ut recte Baldus in *d. l. tranſigere. columna ult. Borcholt. c. 3. n. 88. fac. l. ejus qui. 29. ff. de jur. fiſc. l. 1. §. Divus. 17. de queſt.*

8. Eſſectus hujus tranſactionis eſt, ut neque reo, neque aëtori noceat, id eſt, ut nec reus tranſigens pro conſeſſo & convicto habeatur (quod alias fieret. *l. ult. ff. de prævar.*) nec accuſator in poenam prævaricantium aut ſenatusconſulti Turpilliani, talioniſve incidat, ut ſupra dictum eſt. Deinde reo non modo non nocet tranſactio, ſed etiam prodeſt; nimirum ad hoc, ut idem ille accuſator repetere accuſationem non poſſit, ſed reus ab illo liberetur: ait enim JC. in *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent.* reos ſanguinem ſuum redimere poſſe, atque ita ab accuſatore liberari.

9. Non tamen ob id præjudicium fit cauſæ publicæ, ſiquidem privata pactione publica coercitio tolli non poteſt. *l. 5. ff. de pact. dotal.* nec patitur publicæ diſciplinæ vigor ut delicta maneant impunita. *l. ita vulneratus. 51. §. æſtimatio. ff. ad leg. Aquil. l. locatio. 9. §. quod illicite. ff. de public.* Itaque cum hujus tranſactionis non ea vis ſit, ut crimen perimat, ſed accuſationem duntaxat, & hætenus ut illa ab eodem repeti non poſſit, ſequitur omnino reum adhuc aliorum accuſationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accuſatio cuivis & populo pateat. *§. 2. Inſt. de publ. judic.* At enim, inquires, non minorem authoritatem habet tranſactio, quam res judicata. *l. non minore. 20. C. de tranſact.* abſolutio autem a judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accuſandum eum, qui ſententia judicis liberatus eſt, admittatur, niſi novus accuſator ſuum dolorem perſequatur, ignarus accuſationis ab alio inſtitutæ, aut priorem accuſatorem prævaricationis convincat. *l. 7. §. 2. de accuſ. l. 11. C. eod. l. 3. §. 1. de prævar. l. ſi cui. 7. §. 2. ff. de accuſat. l. 9. l. 11. C. eod.*

10. Reſpondeo, comparatio illa tranſactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur. *l. ingenuum. 25. ff. de ſtat. hom.* ita & tranſactio. Tranſactio inter heredem ſcriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideiſcomiſſarii cum herede ſcripto in ſolidum experiantur. *l. 3. pr. ff. hoc tit.* eaque non obſtante teſtamentum in ſuo jure manet. *l. ſi ſuſpecta. 29. §. 2. ff. de inoff. teſt.* ſecus eſt, ſi contra teſtamentum pronunciatum ſit. *l. 8. §. pen. l. cum mater. 28. ff. d. tit.* quanquam jure noviffimo nihilominus legata ex eo debeantur. *auth. ex cauſa. C. de lib. præter.* De criminibus omnibus judicari poteſt, tranſigi non item. Res judicata paratam habet executionem tranſactio non habet: ac proinde mirum non eſt abſolutione crimen tolli: quamvis non tollatur tranſactione.

11. Sed nec abolitione magis, quam tranſactione crimen perimitur. Nam quod ſcriptum eſt in *l. 1. C. de abolit.* interveniente abolitione crimen ſopiri, non hoc ſignificat, crimen perimi aut extingui: quippe ſopita ſuſcitari queunt; perempta nunquam revivſcunt. Sed & crimen illic poſitum eſt pro criminatione ſive accuſatione, quod minime eſt inſolens. *l. 1. §. 1. ff. de ſuſp. tut. l. propter. 21. ff. de SC. Silan. l. ult. ff. ad leg. Jul. majeſt.* atque id reſpectu accuſatoris dictum intelligi debet, cui ſopitum abolitione crimen, ſine ſupplicatione renovare non licet: ad reum vero quod attinet, iſ & ab alio accuſatore, & ab ipſo quoque judice repeti poteſt, ut recte D. Matthæus. *d. c. 7.*

12. Quid

12. Quid vero si post transactionem aut pactionem unius accusatoris nemo alius reperiatur, qui accusare velit, an impunitum manebit facinus? Respondemus posse adhuc magistratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere. per *l. congruit. 13. ff. de offic. præf. l. 1. in pr. C. de cust. reor. l. 7. C. de accusat. Nov. 128. c. 21. Fachin. 1. contr. 34. & ibi citati*. Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquisitionem non posse inchoari, nisi legitima diffamatione, legitimisque iudiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa est atque explorata. *c. qualiter & quando. de accus. & inquisit.*

13. Quoniam autem diximus primam hujus *l. transigere*. partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, transigi non posse de crimine, quod fustigationem continet. Ratio est, quia ea pœna non est capitalis, sed toto genere a capitali fecernitur. *l. 2. in fin. ff. de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet transactio: quippe in membro amputato manet nihilominus homo incolumis: aperteque labitur *Gomez. 3. resol. 3. n. 54. & Clar. §. fin. præf. crim. quæst. 58. n. 7. & 8.* in quavis corporali pœna transactionem admittentes. Deportatio quoque toto gradu a mortis pœna distinguitur. *l. capitalium. 28. in fin. pr. ff. de pœn. & deum in insulam deportatio*, si interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur, *l. 4. ff. d. tit. ac proinde dicendum est, nec in crimine, cujus pœna deportatio est, licitam esse transactionem: multoque minus licita erit in causa infamiæ: nam & ea aperte distinguitur a capitali. d. l. capitalium. §. 1. & quamvis alibi fama vitæ comparatur. l. justa. 9. ff. de man. vind. vitam tamen secum non trahit: pœnaque infamiæ non nisi improprie capitalis dicitur. l. licet. 103. ff. de verb. sign.* In pœnis autem propria significatio spectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur. *l. 3. ff. de custod. reor. l. 2. C. eod.* Cæterum nusquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel cognita, vel licita. *l. aut damnum. 8. §. solent. 9. l. mandatis. 35. ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni sequuntur, talis pœna permilla sit. *C. quamvis. x. de pœn. in 6.* tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec sanguinis sit, non erit licita hic transactio. *Clar. d. quæst. n. 9.*

14. Majestatis & parricidii crimen quin capitale sit, & pœnam mortis inferat, nullum est dubium: sequitur ergo de utroque pacisci vel transigere licere, argumento primæ partis *d. l. transigere*. ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc singularem præ cæteris indolem, quod persecutio eius etiam post mortem rei inchoari queat. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accus. l. ult. ff. ad leg. Jul. Maj.* sed singularia non sunt extendenda: & longe diversum est, quo de hic quærimus. Non obstat, quod conscii, qui non detulerunt hæc crimina morte plekti jubentur. *l. 5. §. 6. & 7. C. ad leg. Jul. Maj. l. 2. l. 6. ff. ad leg. Pomp. de parric.* Etenim conscius siue probationes habeat, siue non habeat, debet ista crimina detegere ac deferre per dd. II. accusare tamen non tenetur, siue probationes habeat, siue non habeat: nulla enim lex hoc ei injungit; ac proinde standum est regulæ, quod nemo invitus accusare tenetur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.* standum generali definitioni hujus *l. transigere*. quod super crimine capitali transigere prohibitum non sit. *Borcholt. de transact. c. 3. n. 81. Pac. ad l. transigere. n. 38. Cujac. 6. obs. 11. diff. Delrio ad hanc l. transigere. n. 48. D. Math. n. 14.* Locis vero in contrarium allegati conscium criminis puniunt non

non ob accusationem non inlaturam, vel pactione aut transactione finitam, sed ob silentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accusare invitatus, sed denunciare tenetur, ut iudex ex officio suo in denunciatum inquirat: id enim facere iudicem posse nullo existente accusatore supra demonstravimus.

15. Non obstat, quod in crimine majestatis non conceditur abolitio. *l. ult. C. de abolit.* Aliud enim longe est, abolitionem, id est, accusationis omittendæ licentiam, aut exemptionem a crimine petere; aliud transigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magistratus. *l. 1. & seqq. C. de abolit.* vel a Principe aut senatu conceditur ob diem insignum lætitiæque publicam. *l. abolitione 8. l. si interveniente. 12. ff. ad SC. Turpill. res* etiam criminis abolitionem continet. Transactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem supra indicavi. Imperatores in *d. l. ult.* loquuntur de accusatore & accusato petentibus abolitionem non de transigentibus aut paciscentibus inter se ut omittatur accusatio. Abolutionem in tam immani crimine petitam jubetur iudex denegare: transactio autem non vetatur. Itaque constanter dicimus etiam hic reo sanguinem suum redimenti ignoscendum esse, & actorem, qui cum eo transigit aut pactus est, impune ab accusatione desistere, quia permissu legis desistit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante exposuimus.

16. Quid si delictum tale sit, ex quo quidem ordinariæ pœna mortis non ingeratur, sed cujus pœna ex circumstantiis arbitrio iudicis ad mortem usque extendi queat? Quidam putant hic transactioni locum non patere, ne alioqui nimium hoc jus porrigatur, & in plerisque delictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem usque extendi potest juxta communem DD. sententiam) semper habeat reus, quo se excuset, ne ob corruptum pretio adversarium pro confesso habeatur. Neque vero eandem esse rationem delicti, quod ex se & natura sua pœnam capitalem meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante iudice. Ego tamen etiam hoc casu regulæ standum arbitror. Parum enim interest, certo constet pœnam capitalem irrogatum iri, an de eo dubitari possit? sufficit enim, ut regulæ locus sit, mortis periculum quomodocunque imminere. Itaque cum pactio vel transactio admittatur hujus periculi vitandi causa, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri potest, ut iudex pœnam capitalem, seu jure sive injuria, sit irrogaturus, putarem etiam hoc casu permissam transactionem; & huc facit arg. in *l. 7. §. 1. ff. quod met. caus.* JC. justum metum mortis, esse ait, si quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in nostro casu idem metus pro justo haberi, & locum veniæ facere, ut reus id ipsum, quod in judicantis potestate extremum est, formidasse intelligatur. Denique illi ipsi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ scilicet certo generi delictorum legibus imposita est, æstimandum putant, licitane sit transactio, an secus, latentur ultro licitam hic esse transactionem, si forte circumstantiæ tales sint, quæ facile iudicem movere possent ad inclinandum in sententiam capitalem, & hæc quoque Julii Pacii sententia est *ad h. l. n. 14.*

Atque hæcenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus rescripti contentam: sequitur, ut ejusdem quoque regulæ exceptionem, quam addunt Imperatores, examinemus. Ajunt *excepto adulterio.*

17. Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuisse. Imo etiam multo ante capite id sancitum fuisse evincitur ex *l. castitati. 9. C. ad leg. Jul. de adult.* quod rescriptum Alexandri est, qui multis annis Diocletani

Ec

Prin-

Principatum antecessit. Justinianus tamen *Nov. 134. c. 10.* ex constitutione demum Constantini capitale adulterii poenam esse testatur. quod & Briffonius *lib. sing. ad leg. Jul. de adul. & Don. ad hanc l. n. 6.* existimant. Cujacius vero *lib. 6. obs. 11.* contendit primos Constantium & Constantem id capitale fecisse per *l. 4. C. Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Constantini, sed post Diocletiani. Sane ex lege Julia capitale hujus criminis poenam non fuisse constat ex Taciti annalium *lib. 1. 2. & 3.* sed, neque tempore Alexandri morte vindicari solitum non obscure indicant textus in *l. si quis viduam. 5. ff. de quest. l. Claudius. 13. ff. de his quæ ut indign. l. miles. 11. ff. ad leg. Jul. de adult. l. ex eo. 18. ff. de testib.* quæ Pauli est, collegæ Ulpiani, & Alexandro Principi a Consiliis. Divus quoque Augustinus sagacissimus antiquitatis indagator *lib. 3. de civ. Dei.* scribit Romanos sæminas adulteras, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte punivisse: ut omnino verosimile sit *d. l. castitati. C. ad leg. Jul. de adult.* & hoc nostrum rescriptum interpolata esse a Triboniano, quod & Briffonio, Cujacio, Donello ad hanc *l. n. 6. Delrio n. 85. Melch. Klock part. 2. c. 2.* videtur. Sed hoc alias forte latius. Quod si quis jam ex me quærat, quidnam causæ sit, cur cum de cæteris criminibus capitalibus transigere fas fuerit, non tamen idem permissum adulteris?

18. Respondebo. 1. exceptum esse adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib. 6. Epigram.*

*Lusus erat sacrae connubiæ fallere tæde:
Lusus erat teneros, &c.*

Jam vero frequentia delicti sæpe exigit, ut supplicium exacerbetur, & nimium multis grassantibus opus est exemplo & majore severitate. *l. aut facta. 16. §. ult. ff. de poen. 2.* Ut tanto magis transactione prohibita matrimoniorum castitati student cives Romani. 3. Quia adulterii accusatio non omnibus promiscue patet: nam olim extranei post patrem demum & maritum adulteræ admittentur. *l. 4. §. 1. & passim ff. ad leg. Jul. de adult.* postea extranei plane exclusi. *l. quamvis. 30. C. eod.* Quare admittit hic transactio facile futurum erat, ut ejus criminis impunitas sequeretur. 4. Quia hæc transactio ob conscientiam & patientiam stupri videtur aliquid lenocinii simile habere, & per eum quasi venalia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib. 12. Aneid. Deformare domum, & luctu miscere Hymenæos. l. mariti. 29. pr. & §. 2. junct. l. 2. §. 2. & seqq. ff. eod.* 5. Quod adulterio turbentur familiæ quibus per id partus alieni spurique inseruntur. In summa cum cætera fere delicta propriæ turpitudinis finibus continentur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit. *Diod. Sicul. lib. 1. Biblioth.* Atquæ hæ rationes satis graves ac dignæ mihi videntur ut & magnis quoque doctisque viris, Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant. Matthæo, ob quas transactio super crimine adulterii, etiam postquam id capitale factum est, non sit admissa, contra receptam in cæteris causis capitalibus regulam. Et quidem si maritus aut quis alius pecuniam accepit, ne accuset, plectitur: si gratis antelitem contestatam pactus est, ne accuset, non plectitur. *l. 2. §. 2. l. si maritus. 15. §. si negaverint. 5. l. mariti. 29. §. 2. ff. eod.* Quod si post coeptam accusationem pactus est licet gratis, in poenam SC. incidit, quia desistit sine abolitione. *l. de crimine. 10. C. eod.*

19. Quæsitum memini, cum solum adulterium a regula excipiat, an de raptu, de stupro,

stupro, de incestu, quæ tria crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, transigere liceat. Et quidem, ut de raptu incipiam, constat id crimen capitale esse, & ultimo puniri supplicio. *l. 5. §. 2. ff. ad leg. Jul. de vi publ. l. un. C. de rapt. virg.* Sed nusquam expresse vetitum de hoc crimine transigere; ac proinde dicendum videtur de eo transigere licere juxta regulam primæ partis hujus rescripti. Tamen enim regulæ standum est, donec probetur exceptio. Unde Doctores nostri ajunt, qui pro se habet regulam, cum habere intentionem suam fundatam, atque ideo in adversarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione si defecerit, secundum regulam pronunciandum esse per *l. ab ea. 5. ff. de probat. cum similib.* Non est contrarium, quod servus raptum virginis deferens libertate donatur. *l. pen. C. pro quib. caus. serv. pro præm.* Ex eo enim minime sequitur propter pactionem aut transactionem de raptu paciscentem puniri aut pro convicto haberi: sicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiserunt, deportatione plectuntur. *d. l. un. C. de rapt. virg.* aliud enim est pacisci vel transigere super accusatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remisso, permittere, ut raptam cum raptore maneat, eique nubat. *Nov. 150.* Sed neque in *Nov. 143.* magis, quam alibi, agitur de parentibus paciscentibus super accusatione raptus; verum de iis, qui dolorem, seu rancor, ut loquuntur, remiserunt, etiam si in nuptias non consenserint. Quod si hoc non placet in proclivi est alia responsio, earque meo judicio probabilior; nimirum speciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ transactionem cum raptore legibus Justiniani improbatam: nihil autem ob stare, quo minus extraneus accusator, cum eo pacisci vel transigere possit. Enimvero si raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus seu lege Julia de vi, pactionem vel transactionem illicitam esse planum est. & ita prope modum Pacius *num. 34.*

20. Quod stuprum attinet, nego de hoc crimine transigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam simplex stuprum contineatur: sed quia simplicis stupri poena non est capitalis. *§. item lex Julia. 4. Inst. de publ. judic.* & ideo ad secundam hujus legis partem, qua transactio de criminibus non sanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet, quod in *l. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult. l. 101. ff. de verb. sign.* dicitur, legem Juliam his vocibus *adulterium, stuprum* promiscue & indifferenter usam esse, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptiam committitur, stuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris verbo stupri etiam adulterium, tanquam speciem stupri contineri, & stuprum quoque simplex eadem lege coerceri eadem poena, qua adulterium. *l. 11. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult.* sed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & stuprum simplex, aut aucta adulterii poena & stupri cujusvis auctam. Vide post alios *Gædd. in d. l. 101. ff. de verb. sign.* Plane stupri qualificati, ut nunc loquuntur, sive præposteræ Veneris, *παδεσσίας, ἢ ἀλλης παρὰ φύσιν μιζέως*, poena quidem mors est *d. §. 4. Inst. de publ. judic. l. cum vir. 31. C. ad leg. Jul. d. adult.* ubi *ἀρσενοκοίται* exquisitis pœnis subijci & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiserim transactionem propter regulam primam nostræ leg. a qua adulterium duntaxat proprias ob causas excipitur. Sed & si propter circumstantias, puta ob vim adhibitam, &c. poena stupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem usque extendi possit, licitam quoque hoc casu transactionem dixerim, per ea, quæ supra. atque eo refero *l. 1. §. 2. ff. de extraord. criminib.*

21. Incestus quoque jure nostro pœna capitis non vindicatur. *l. si quis. 6. & auth. seq. C. de incest. nupt. l. si adulterium. 38. ff. ad. l. Jul. de adult. Nov. 12. c. 1.* Quamobrem nec de incestu licita transactio, propter regulam secundæ partis hujus rescripti. Quod si incestus cum adulterio conjunctus est, transactioni obstat regulæ primæ partis exceptio. *D. Matth. 12.*

Sequitur rescripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* De criminibus igitur non capitalibus, id est, quæ ultimo supplicio non puniuntur, sed aut membri mutilatione duntaxat, aut fustigatione, exiliove aut publicatione bonorum, transigere non licet. Ratio est, quia in his nulla tanta occurrit miserationis ratio, ut a tenore juris legumque severitate visum fuerit recedendum esse. Tantum de vita sua periclitantibus & sanguinem suum qualicumque pacto redimentibus ignoscendum putaverunt legum conditores. *d. l. 1. ff. de bon. cor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.*

22. Huic autem secundæ rescripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de calumniat.* traditum est, si quis pecuniam dederit adversario suo (intellige sive in publicis, sive in privatis causis, ut *d. l. 1. §. 1. & pr. d. §. 3.*) transigendi animo, cessare eas constitutiones, quæ ex hac causa litem perire jubent; & additur pro ratione, quia non sit interdictum transactionibus, sed sordidis concussionibus. D. Pacius putat solutionem hujus objectionis esse facilem, nempe textum istum accipiendum esse in terminis habilibus, cum transigitur de crimine capitali, juxta distinctionem hujus *l. transigere.* quod & vir clarissimus Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid si potius textum hunc juvenimus distinctione, quæ non est in ipso textu, dicamusque eum locum accipiendum esse de eo actore, qui criminaliter agere proposuerat, cum & civiliter agere posset: huic enim in casu nondum cœpti judicii nihil ob stare videtur, quominus pecunia accepta accusationem nondum institutam remittat: quippe quem consilium mutasse, & pro eo, quod civili judicio consequi potuisset, seu pro damno sibi dato, pecuniam accepisse credendum sit, & ita non pugnabit *l. ult. ff. de prævar.*

23. De pactione nihil exprimitur posteriore regula: An igitur pactio hic licita? Non puto, sed quod in priore parte expressum est, in sequenti ex sententia & mente legislatorum repetendum, *arg. l. Tutia. 134. §. 1. ff. de verb. oblig. & fac. l. 1. §. si quis. 7. ff. ad SC. Turp. & pass. eod.* Proinde non minus pactio, quam transactio hic illicita: idque verum est sive ante litem contestatam, sive post eam interposita sit.

24. Et quidem si post litem contestatam interposita sit sive transactio sive pactio, actor incidit in pœnam SC. Turpilliani, *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec petere potest quod transactionis causa ei promissum est. *l. siquidem. 9. C. de contrab. stipul.* Quod vero repetere accusationem adversus eundem non potest, non ex eo est, quod valet transactio: sed quia se indignum accusatione fecit. *l. 2. l. 6. pr. ff. ad SC. Turpill. l. 5. ff. de prævar. l. abolitionem. 16. C. ad leg. Jul. de adult.* Reus autem post judicium cœptum transigens habetur pro confesso & convicto, *l. 4. l. ejus qui. 29. ff. de jur. fisc. l. ult. ff. de prævar.* & multatur etiam pecunia fisco inferenda. *l. Imperatores. 34. ff. de jur. fisc.* Cæterum hoc ita si pretio pactus sit, ut dixi, post judicium jam inchoatum: nam ea transactio habetur pro confessione facta in judicio. At si ante cœptum judicium facta sit transactio, est quidem & ipsa invalida in crimine non capitali, sed non inducit finem confessionem.

25. Porro etsi transactio pendente iudicio facta habeatur pro rei confessione, quæ fictio est: non tamen hinc sequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confessio habitus, simul etiam ante sententiam habeatur pro iudicato & condemnato: nam ita fictio geminaretur, quod fieri non potest. Vere confessus in iure habetur pro iudicato. *l. post rem. 46. ff. de re jud.* sed ibi una tantum fictio est. Et quoniam, ut diximus, reus transigens de crimine non capitali post institutum iudicium pro confessio tantum, non etiam pro iudicato habetur, inde est quod iudex in *l. 2. C. de abolit.* jubetur adhuc in crimen inquirere & sententiam ferre: eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l. ejus. 29. ff. de jur. fisci.* ait, oportere prius constare, & de crimine pronunciare, & alioqui si pœnæ adjecta sit confiscatio, reusque ante sententiam moriatur, confiscationi non erit locus. *d. l. ejus. de jur. fisci.* Neque obstat *l. Gajus Sejus. 22. ff. ad SC. Silan.* nam cum admissum tale est, cujus causa tantum pecuniaria sit, seu in quo quæstio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei postulati & pro confessio habitus non extinguitur: imo de novo causam deferre licet. *l. ult. ad leg. Jul. pecul.*

26. Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confessio habeatur, licet post litem contestatam pactus sit. *l. 4. ff. de jur. fisci.* utique tamen pactio invalida est, quia accusator, si nondum desistit, potest porro accusare: si autem desistit, in pœnam incidit *SC. l. 1. §. si quis. 7. l. 16. ff. ad SC. Turp.*

27. Invalida quoque est in crimine non capitali transactio & pactio facta ante litem contestatam. Nam etsi hic accusator omissa accusatione ex causa transactionis non incidit in pœnam *SC.* quoniam videri potest desistisse, qui non accusavit. *l. 5. ff. ad SC. Turpill.* tamen id quod transactionis causa ei promissum est, non potest petere. *l. si quidem. 9. C. de contr. stip.* atque ita hæc transactio non prodest accusatori. Sed nec reo prodest: nam accusator non obstante transactione poterit accusationem inchoare, reinque in iudicium deducere, neque ei ulla obstat exceptio. Idemque est, si accusaturus ante iudicium cœptum pactus sit gratis, ne accuset: neque enim postea accusanti obstat poterit pacti invalidi exceptio: siquidem accusatione demum cœpta id observatur, ut qui ab instituta accusatione desistit ex causa transactionis aut pacti, postea non admittatur ad repetendam accusationem, & præterea incidat in pœnam *SC. l. 1. pr. & §. 7. ff. l. 2. l. 6. C. ad SC. Turpill.* Illud certum est, sicut is, qui ante institutam accusationem transegit aut pactus est, potest nihilominus accusationem inchoare, si velit; ita posse eundem etiam eam omittere, si accusare nolit. *arg. tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.*

28. Singulare est in crimine adulterii, quod maritus vel pater si negaverint se accusaturos, non possunt postea accusationem instituere, & extranei tunc admittuntur. *l. si maritus. 15. §. si negaverint. 5. ff. ad leg. Jul. de adult.* Ratio est, quia extranei non admittuntur, si velit accusare pater aut maritus. *l. 4. §. extraneis. ff. eod.* Quod si illi expresse negaverint se accusaturos, jam jus extraneis nascitur, quod iis auferri non debet. Quod si maritus non negaverit accusaturum, sed facto ipso non occupaverit accusationem, hoc casu extraneus eum præveniens nihil ipsi præjudicat. *d. l. 4. §. si ante.*

29. Ajunt Impp. In aliis publicis criminibus. An igitur de privatis criminibus, quæ sanguinis pœnam non continent licita transactio? Nequaquam. Cæterum adhibenda hic est distinctio: nam de privatis delictis & civiliter agi potest, &

criminaliter. *l. ult. ff. de injur.* Cum civiliter agitur, licita est in hujusmodi delictis pactio & transactio, obstatque actori nihilominus agere volenti pacti aut transactionis exceptio. *l. si pro fure. 7. pr. ff. de condict. furt. l. interdum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt. l. post decisionem. 13. C. eod.* At enim si pretio quis pactus sit, id est, transegerit, obstat quidem & hic actori transactionis exceptio: cæterum paciscentem pecunia data, ceu confessum sequetur infamia. *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. ff. de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut stellionatu, aut aliis hujusmodi privatis delictis agitur juxta *d. l. ult. ff. de furt. & l. ult. ff. de injur.* non est admissa transactio: sed reus hic etiam pro confesso habetur. *l. ult. ff. de prævar. & accusator,* licet non incidat in pœnam SC. turpilliani, officio tamen judicis coërcetur. *l. si quis. 7. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam sanguinis non ingerentibus transactionem esse illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum est, quia de privatis transactio sit licita; sed quia non semper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter: ita fermè post Accurs. Bart. Jas. Alciatum, &c. Fachinæus *lib. 1. contrav. 9.*

Supereſt clauſula reſcripti ultima. Ajunt Impp. *transigere non licet citra falſi accuſationem.*

30. His verbis veteres interpretes a ſecunda reſcripti regula excipi putant crimen falſi, ut hic ſit ſenſus 5^o de criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, præter falſi accuſationem aut excepta falſi accuſatione, transigere non licet: ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, ſic de ſecunda excipiatur crimen falſi: & ita quoque Græci hanc clauſulam acceperunt: ſic enim illi βασιλικ. 11. ſecundam reſcripti regulam reddam; ὅσα δὲ μὴ χεῖ δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ ταῖς ἐν ἑρώταις ἢ διάλυσις, χωρὶς τῆς τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. atque hanc ſententiam etiam neotericorum plurimi ſecuti ſunt. Cujac. 6. obſ. 11. Borcholt. c. 3. de transact. n. 92. & ſeqq. Fachin. 1. contr. 6. Perez. C. de transact. n. 12. Delrio ad l. transigere. n. 141. & ſeqq. Pac. n. 47. & ſeqq. Matth. n. 18. Mornac. ad fin. Rationem exceptionis primam hanc eſſe putant, quod crimen falſi plerumque ad privatum commodum ſpectet: ac propterea transigentem non videri crimen eſſe conſeſſum, ſed rei ſuæ conſuluiſſe. Deinde quod olim regulariter de falſo potuerit transigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœna mortis ingerente: ſicut & hodie interdum ultimo ſupplicio plectatur. *l. 1. l. 5. l. ubi falſi. 22. C. ad leg. Corn. de falſi.* ac proinde arbitrarium eſſe falſi judicium: quæ fortasſe vera ratio ſit, cur ſuper falſi crimine transigere liceat, quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex poteſt, transactionem non eſſe prohibitam arg. regulæ primæ hujus *l. transigere.* Afferunt denique & textus, quibus hæc ſententia adſtrui videtur. *l. ipſe. 7. l. de his. 16. l. pen. l. ult. C. d. tit. l. pen. C. hoc tit. l. 2. de his quæ ut indign.*

31. Ego tamen cum Donell. in *d. l. transigere. n. 14. & ſeqq. Klock p. 4. per tot. Alciat. ſub fin. Ant. Fab. 2. conject. 20. Bachov. ad h. tit. n. 15. Tulden. ad C. ad SC. Turp. n. 9.* contendo, neque hoc uſquam proditum eſſe, neque conſtitui poſſe, niſi valde abſurde. Nam aut gravius cæteris crimen falſi eſſe volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coërcendum: quanquam ſunt alia graviora. Si par, cur diſtinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet. Fieri enim poteſt, ut teſtes falſum dixerint adverſus aliquem in cauſa capitis, ut innocentem oppri-

merent;

esse judicia calumniæ & æstimationis: aut si pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine calumniæ æstimationem servi, quod esset hominis non intelligentis, quid sit exceptio. Cæterum etsi *citra* pro *præter* Papinianum dixisse ponamus, eumque ita scripisse: *Sed & præter pretii æstimationem, queritur de calumniæ ejus*: tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35. Nam nec *præter* semper est exceptionis nota. Si dicam, *Multa sunt præter hæc, quæ objici merito potuissent*: aut ut Plinius. lib. 10. nat. hist. *præter hominem somniare equos, boves, canes, pecora, capras palam est*: nemo, cui sana mens est, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta sunt, aut hominem. Sic etsi Papinianus ita scripisset; *præter æstimationem pretii ejus, quo servus ob questionem deterior factus est, & de calumniæ accusatoris queri potest*: nemo nisi fungus, dixerit Papinianum hic excipere æstimationem servi.

36. Postremo quod apprime notandum est his verbis rescripti; *In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt*, non statim, & immediate subjungitur, *citra falsi accusationem*; sed eam clausulam antecedit, *transigere non licet*; ita ut postrema illa clausula sanctionem continere omnino sit verisimile.

37. Sed omiſſis rescripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæstione de usu verbi Latini faceſſere jussa, videamus de jure: & primum an sufficiens sit illa exceptionis ratio, quæ vulgo afferri solet, nempe quod licet crimen falsi publicum sit, plerumque tamen pertineat ad causam & utilitatem privatorum. Mihi sane non videtur: sunt enim & alia hujusmodi, ut crimen violentiæ: sed nec super privatis delictis, si criminaliter agatur, transigere licet, ut supra probatum est. Denique si hæc ratio valeret, non simpliciter excipi crimen falsi debuisset, sed tunc solum, cum privatum commodum respicit.

38. Quod assertur pro ratione secunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuisse, falsum esse apparet ex l. 1. in fin. l. ult. ff. ad leg. Cor. de fals. Paul. 5. sent. 25. §. item lex. 7. Inst. de publ. judic. unde discimus pœnam falsi ex lege Cornelia fuisse deportationem. Quamvis autem ex circumstantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exasperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex possit. l. 1. l. 5. l. ubi falsi. 21. C. ad leg. Corn. de fals. tamen id non solum in falsi crimine, quod per se capitale non est, obtinet, sed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumstantiis aggravari potest. Nam ubicunque circumstantiæ delictum aggravare possunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari potest: quoniam pœnæ & culpæ inter se debet esse proportio: & sic eadem ratione plura alia crimina per se non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales sunt delicti circumstantiæ, ut constet posse reo ob falsum commissum pœnam irrogari capitis, atque hoc casu etiam permissam super falso transactionem, arg. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. At hoc posito jam crimen falsi in tali casu non excipimus de regula l. transigere secunda, sed ad primam referimus. Denique extra hunc casum sub regula secunda contineri profiteamur.

39. Loci, qui ad adstruendam contrariam sententiam afferuntur, nihil minus probant, quam quod de accusatione falsi transigere liceat. In l. ipse significas. 7. C. ad leg. Corn. de fals. scriptum quidem est, eum, qui de instrumento, quod falsum esse dicebatur,

tur, tranſegit, non eſſe audiendum, ſi id, cui ſemel acquievit, tanquam falſum velit accuſare. Cæterum de falſo inſtrumento illic tranſactum proponitur, nimirum in cauſa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret inſtrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus poſtea, ajunt Imperatores, tanquam falſum accuſare non poteſt. De falſo igitur inſtrumento illic tranſactum eſt, non de falſi crimine ſeu accuſatione, quæ inſtituta non fuit. In privata lite de falſo tranſigere licet, neque hoc dicimus noſtra *l. tranſigere*, prohiberi. Eademque reſponſio aptanda *l. pen. C. hoc tit. in fin.* ubi dicitur controverſiam de inſtrumento, quod falſum dicebatur, ortam tranſactione decidi poſſe. Sed & cæteris locis, quibus ſuper falſo tranſactum eſſe legimus, non de falſi crimine tranſactum eſſe intelligere debemus, ſed de cauſa falſi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendendi ſunt, qui ſcribunt ſe non intelligere, quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quam de falſo inſtrumento tranſigere. Longe enim differunt tranſigere de falſo inſtrumento prolato forte in cauſa civili, & tranſigere de crimine falſi ſive falſi accuſatione inſtituta judicio publico aut criminali: aut ſi hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud ſit, quod Imperatores reſcribunt *l. de fide. 16. C. ad leg. Corn. de falſ.* ei, qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem, & per privatam diſceputationem; quod & pluribus aliis locis proditum. *l. 5. l. ſi docueris. 9. l. ſi lis. 11. l. ſicut falſi. 17. l. pen. & l. ult. C. eod. tit.* Quod ſi quis jam quærat, ſi verba illa, *citra falſi accuſationem*, ſic accipiantur; non licere de criminibus non ſanguinariis tranſigere, quin parata ſit adverſus eum, qui tranſegit, falſi accuſatio, quodnam hic falſum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Reſpondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falſis: ſed quod incidat in accuſationem falſi, quæ conſtituta eſt in eos, qui ex conventionem litem & accuſationem deferunt: & nimirum accuſatoris litem ex pactiōe aut tranſactione deferentis hanc eſſe pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum. *l. 1. §. accuſationem. verſ. at quin Papinianus. l. 6. l. in ſenatusconſultum. 15. ff. eod.* Nullus enim dubito, quin reſcriptum hoc directum ſit ad accuſatorem, & poſtremis reſcripti verbis ſanciatur pœna in litis deſertorem. Reus autem tranſigens, ut ſupra demonſtratum eſt, pro conſeſſo hic habetur. Quod ergo genus falſi eſt, quod SC. coërcetur? Prævaricatio & tergiverſatio. Prævaricari eſt colludere cum adverſario, genus falſi in eo manifeſtum, quod qui prævaricatur, veras probationes falſo diſſimulat, falſas adverſarii admittit. *l. 1. §. 1. & 6. ff. d. tit.* Tergiverſari eſt ab accuſatione deſiſtere *d. §. 1.* quod qui facit, haud ſecus ac prævaricator vera crimina abſcondit, quanquam fuga & ſilentio, non ut prævaricator ſimulata accuſatione, facit huc *l. de crimine. 10. C. ad. leg. Jul. de adult.*

41. Franciſcus Hotomannus, vir magnus ſane & bene præclareque de Jurisprudencia meritis, tranſpoſitione verborum totam noſtræ hujus *l. tranſigere*, ſententiam invertit mutavitque, ac converſo plane modo Imperatores reſcripiſſe autumat, de criminibus non capitalibus tranſigere licere præterquam de adulterio: cæterum de criminibus pœnam ſanguinis ingredientibus tranſigere nefas eſſe, ac proinde textum *l. tranſigere*, ita concipiendum eſſe; *Tranſigere vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.* Ita Hotomannus *lib. quæſt. illuſtr. c. 23.* ubi ſeptem fere argumenta primæ hujus legis deſinitioni objicit,

F f

qui-

quibus inductus hanc metathesin excogitavit. Sed profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & constantem Græcorum interpretum versionem *lib. II.* βασιλ. τίτ. περί διαλύσ. ubi ita, ἐπὶ μὲν τῶν δι' αἵματος ἔχοντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεσι διαλύσθαι. *Harmenop. lib. I. t. 10.* εἰς μὲν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλύμεθα. Verum etiam contra tot locorum, quæ supra memoravimus consonantem concordemque sententiam. Argumentis Hotomanni facile ex iis, quæ jam disputata sunt, occurrere poterit: singula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

42. Hodie dispositio l. transfigere. cessat fere & inutilis est, cum non cuivis e populo, sed procuratori fisci, aut Schultetis Balivisve locorum persecutio criminum competat. Atque hi quidem si in accusatione succumbant, aut crimen non probent, non incidunt in poenam talionis: ac tamen si desistant ab accusatione sine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Cæterum nec inconsulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, *Meral. prax. civ. 4 tit. 14. c. 2. & 6.* de ullo crimine transfigere cum reo possunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accusante. Quam ob causam nihil hic restat quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, nisi prius placatis amicis. *vid. Gomes. 3. var. resol. 3. n. 56. & seqq. Clar. lib. 5. §. fin. quest. 58. Christ. vol. 1. decis. 152. Tulden. ad Cod. tit. de transact. n. 6. Matth. de crim. ad lib. 48. ff. tit. 20. c. 4. Groenew. de ll. abrog. ad l. transfigere.*

CAPUT VIII.

De vi & effectu transactionis.

SUMMARIUM.

1. *Transactio non aliis nocet, aut prodest, quam qui eam interposuerunt.*
2. *Casus speciales, quibus transactio ab aliis facta aliis prodest, aut nocet.*
3. *Transactio non retractatur.*
4. *Cur exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, transactionis, dicantur exceptiones litis finitæ.*
5. *Non retractatur transactio, etiamsi facta sit de causa, ex qua transigens non erat obligatus.*
6. *Quid si nova instrumenta reperta sint.*
7. *Mutuo consensu transactio dissolvi potest.*
8. *Unius poenitentia non potest.*
9. *Quando facta cum minore 25. annis rescindi possit.*
10. *Rescindi potest, quæ ex falsis instrumentis interposita.*
11. *An beneficio l. 2. C. de resc. vend. in transactione locus.*
12. *Explicatur l. si superstite. §. C. de dolo.*
13. *Dubii eventus certa æstimatio constitui non potest.*
14. *Rescindi potest transactio dolo malo facta, & quæ hic juris remedia.*
15. *Jurata transactionis non servatæ quæ poena: & an id pertineat etiam ad jure invalidas juramento firmatas.*
16. *Quæ sit vis ac potestas clausulæ generalis subiecta transactioni de aliqua controversia factæ.*
17. *Emen-*

17. *Emandatur vitiosa lectio in l. 5. ff. h. t.*
18. *Tollitur vitium in l. 14. §. 7. ff. de religiof.*
19. *Explicatur §. ult. l. 122. ff. de verb. obl.*
20. *Quando generalis clausula subiecta transactioni generalem recipiat interpretationem.*

1. **S**upereft, ut videamus, quæ transactionis vis ac potestas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, transactionem iis duntaxat nocere aut prodesse, a quibus interposita est, aliis nequaquam. v. c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut transigerunt, inter se, ut unus totam summam persolvat: creditor nihilominus cum altero experiri potest, *l. debitorum. 25. C. de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus transigit, transactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodest. *l. 1. C. hoc tit.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus. *l. si unus. 27. §. 4. ff. de pact. l. 2. C. res int. al. act. l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. jur. l. 3. pr. ff. hoc tit.* ubi Imperatores Antoninus & Verus rescripserunt dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi extra dubitationem positum esse. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & profunt & nocent, cum quibus tamen factæ non sunt.

2. Occurrunt quidem & in privatis pactionibus casus, quibus transactio ab aliis facta aliis aut prodest aut nocet, sed non nisi ubi manifesta id suadet æquitas aut utilitas; veluti in *l. ult. ff. eod.* ubi debitori adversus emptorem hereditatis accommodatur exceptio transacti cum herede eoque venditore negotii, ne sc. iusta ignorantia debitori noceat. *fac. l. 3. C. de novat.* Item in *l. controversia. 14. ff. eod.* ubi hereditate inter scriptum & legitimum heredem per transactionem divisâ, creditores hereditarii, quamvis cum iis transactum non sit, utrumque pro divisis partibus convenire debent: sed hoc utilitatis causa propter incertitudinem successionis receptum dicitur.

3. Cæterum transactio inter ipsos transigentes eandem vim habet, quam res iudicata. *l. non minorem. 20. C. eod.* Et propterea causa transactione decisa & finita non magis, quam sententia *l. 1. C. sent. resc. non poss.* retractatur, ne alioqui nullus sit litium finis. *l. fratris. 10. C. eod.* Paria habemus apud Demosthenem in exceptione contra Pantænetum, & pro Phormione, item apud Symmachum *lib. 7. epist. 108. & seq.* Atque hoc adeo verum est, ut nec rescripto Principis causæ transactione terminatæ resuscitentur. *l. causas. 15. C. hoc tit.* sicut nec res iudicatæ, *l. ult. C. sent. resc. non poss.* nec iurejurando decisæ. *l. admonendi. 31. ff. de iurejur. l. 1. C. de reb. cred.*

4. Unde tres hæ exceptiones transactionis, rei iudicatæ & iurisjurandi, appellantur exceptiones litis finitæ. *c. 1. & 2. X. de lit. contest.* nimirum quia impediunt litis ipsius ingressum, id est, quia repellitur actor agere volens post transactionem factam, litemve iurejurando aut sententia iudicis decisam per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici: cum aliæ exceptiones, quamvis peremptoriæ sint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingressum non impediunt.

5. In tantum autem transactione lis finitur, ut etiamsi transactio facta sit de causa, ex qua is, qui transigit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans causam transigendi nullam fuisse. *l. nec intentio. 23. C. hoc tit.* fera quippe illa post transactionem allegatio est. Quinimo qui transactionis nomine promittit aut solvit, non recte dici potest sine causa promississe aut solvisse, quia hoc ipsum ut a lite discedatur

fatis iusta causa videtur. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* atque huc etiam pertinet *l. si non. 6. C. de jur. & fact. ign.*

6. Quid si nova instrumenta postea reperta sint, quibus adversarius ostendere possit se non fuisse obligatum, ejusque rei iudici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu transactionem bona fide factam magis quam rem iudicatam *l. 4. C. de re jud. rescindi jura nostra patiuntur. l. sub prætextu. 1. & 2. hoc tit.* quamquam initam ex falsis instrumentis retractari jubent. *l. pen. C. eod.* sed hoc etiam obtinet in re iudicata. *tit. C. si ex fals. instrum. jud. sit.*

7. Quamvis autem verum sit, quod diximus causam transactione decisam retractari non posse, non est tamen usque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum est, quin mutuo utriusque transigentis consensu dissolvi transactio possit. *l. si diversa. 14. C. hoc tit. l. nihil. 35. ff. de reg. jur.* atque hoc procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re secuta, & reddita: quoniam partium consensu vis omnis transactioni abrogata est. *d. l. si diversa. fac. l. ab emptione. 58. ff. de pact.*

8. Unius autem pœnitentia rescindi non potest, nec si res adhuc integra sit. *l. si major. 36. l. quamvis. 39. C. hoc tit.* Nam etsi reus quæ transactionis causa placita sunt, præstare recuset; tamen si aliqua actio ex conventionem nata sit actori, qua quod promissum est, persequi possit, ea experiri debet, litem decisam nihilo magis instaurare potest. *l. si pro fundo. 33. C. eod.* Idemque est, si reo promissa transactionis causa non implente, pœna in stipulationem deducta sit. *l. promissis. 37. C. eod.* Quod si nulla eo nomine actori sit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem instaurare. *l. si instituta. 27. ff. de inoff. testam. l. sive apud. 28. C. hoc tit. l. cum proponas. 21. C. de pact.* cæterum qua non absolute consequatur, quod ea actione petit, sed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus transactionis causa promissit, *d. l. sive apud. C. hoc tit.* bene & plene Donell. in *d. l. si major. 36. eod.*

9. Præterea rescinditur transactio facta cum minore viginti quinque annis. *l. non minorem. 20. in fin. l. si majores. 25. l. si major. 35. C. hoc tit.* a contrario sensu. Sed non aliter, quam si hæc tria a minore doceantur. 1. se minorem 25. annis esse. 2. se læsum aut captum. 3. se imbecillitate consilii & ætatis lubrico in eam captionem incidisse: hoc enim & in aliis causis omnibus obtinet, adversus quas restitutionem postulat. *l. verum. 11. §. 3. & 4. l. intra. 39. l. de atate. 43. ff. de minor. l. 4. l. 5. C. eod.*

10. Adhæc & eam transactionem retractari posse placet, quæ ex falsis instrumentis interposita est, id est cui falsa instrumenta causam dederunt, cum quis videlicet falsis instrumentis ab adversario prolatis, horum metu inductus transegit. *l. pen. C. hoc tit.* quippe cum eadem ex causa etiam res iudicata rescindatur, ut modo diximus. *l. 1. & pass. C. si ex fals. instrum.*

11. Non ignobilis hic occurrit quæstio, an ob enormem læsionem rescindi debeat transactio beneficio *l. 2. C. de resc. vendit.* puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat. Ego simpliciter id negandum existimo, nec unam ob rationem. Etenim transactio comparata est ad lites finendas. *l. fratris. 12. C. hoc tit.* sicut & iuramentum, cui transactio æquiparatur. *l. 1. & l. 2. ff. de iurejur.* Et ideo quemadmodum dato iurejurando non

non aliud quæritur, quam an juratum sit, omiſſa quæſtione, an debeatur. *l. 5. §. 2. ff. eod. tit.* ſic lite tranſactione bona fide ſopita nihil amplius quærendum quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem ſeminarium: eſtque in eam rem textus notabilis in *c. 1. x. h. t.* nec aliam rationem habet, quod placuit ne principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima finitam reſuſcitari oportere. *l. cauſas. 16. C. hoc tit.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata. *l. non minorem. 20. C. eod.* At res judicata prætextu læſionis non retractatur. *l. 4. C. de re judicat.* Et ſicut ex cauſa judicati ſolutum non repetitur con- ditione indebiti. *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non ſit. *l. in ſumma. 65. §. 1. ff. eod. tit. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa ſolvitur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ut aliquid ſequatur. *l. nec intentio. 23. C. hoc tit.* quod apprime notandum eſt. Et ſatis abundeque magna cauſa eſt, cur detur, quod a lite diſceditur. *d. l. in ſumma. §. 1. ff. de cond. ind. ll. gaigne aſſez,* ajunt Galli, *qui ſe met hors de proces.* Ad hoc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur. *l. ſub prætextu. 19. C. hoc tit.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poſſe enim inſtrumentum oſtendere liquidum & integrum juſ, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. Scævola in *l. Lucius Titius. 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* caſum propo- nit, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in heredi- tate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe: qui ſane locus non poſſeſt intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent; ut putat Chriſtiſtæus *vol. 3. deciſ. 67. n. 3.* alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juſis remiſſio eſſet: & quid ſi poſtea tranſactum, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævola non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam reſtitutum erat, in hereditate fuiſſe; ſed illud tan- tum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat. Unde in- telligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis re- ſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim palam eſt tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtitui: ſecus autem eſſe, ſi quis in reliquum duntaxat conveniri poſſit.

12. Non movet *l. ſi ſuperſtite. 5. C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ quæ cum patre ſu- per cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Nihil enim minus ex iſto loco colligi poſſeſt, quam tranſactionem bona fide interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Impp. ſi filiæ immodice læſa fuerit ex liberatione quæ tranſactionem ſecuta ſit novatione & accepti- latione ſolemniter interpoſita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poſſeſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, liberatione per fraudem filiæ expreſſa, & nimirum, quo ſi adverſus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: ſed illud quoque in conſeſſo eſt de dolo agi non poſſe niſi cum eo, in cujus perſona doloſ arguitur. Nam cum hæc actio ſit in perſonam, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos

competit, si de ea re alia sit actio. *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiam si alia actio non sit. *l. non debet. 11. ff. eod.* non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit. *l. sed & 15. §. ult. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio, V. C. quæ ultra bessim sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat commentum est interpretum in *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fab. Cod. suo for. hoc tit. def. 4. & de resc. vend. def. 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretatiōnem recipere ex *l. 2. C. de resc. vend.* quoniam dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimatur. *l. dolus. 10. C. eod. tit.* nec unquam esse potest ἀνευ προαίρεσως. *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quia si modica tantum læsio intervenire, non facile adversus patrem actio in factum subsidiaria actionis de dolo daretur; sicut nec dari solet actio ipsa de dolo pro modica summa adversus alium quemlibet. *l. si quis. 9. §. ult. cum l. seq. d. tit.* ut bene *Ant. Fab. dec. 1. err. 7. adde eund. dec. 8. err. 10.*

13. Denique ratio cur actori transigenti hoc beneficium concedendum non videtur, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat, aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus. *l. 29. §. 3. ad leg. Aquil.* imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio: fateor dubium eventum æstimari posse. *l. 23. ff. fam. erc. l. 12. ff. de act. empt. l. 11. de her. vend.* sed nego dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l. 29. §. 3. l. quod debetur. 51. de pecul.* ac proinde nec certa læsio dici potest, quæ ex huiusmodi eventus dubii æstimatione inducatur: & tamen certam esse læsionem oportet, & quidem contractus tempore precise inspecto, ut locus sit *l. 2. l. 8. C. de resc. vend.* quam ob causam etiam recte defenditur, remedium *d. l. 2.* locum non habere in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur. *l. 8. §. 1. ff. de cont. empt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. 14. §. 1. ff. de her. vend. l. si plus. 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. eod.* In reo transigente non videtur huic quæstioni locus esse, quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab ipso petitur: sed tamen potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam petitur, potest tamen dicere se nihil debuisse, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dedisse: quotamen casu cum cesset condictio indebiti, quæ & ipsa ex humanitate & bono atque æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. ind.* etiam cessare debet remedium *d. l. 2.* Scio Pinellum *ad. d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 5.* & bonam cum eo partem interpretum, beneficium *d. l. 2.* porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, ipsamque adeo transactionem: sed sane beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est; utique non ad transactionem, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est; quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n. 10.* audaci sane interpretatione & multarum litium semina continente. optime *D. Andr. Gail. 2. obs. 70. Damhoud. Prax. civ. c. 200. n. 6. & seqq. Ant. Fab. dec. 8. err. 10. Diod. Tulden. ad tit. Cod. de resc. vend. n. 5. add. Christin. vol. 1. decis. 288. & vol. 3. decis. 67. & ibi alleg.*

14. Postremo etiam transactio dolo malo facta rescindi potest. *l. 4. l. sub prætextu. 19. C. hoc tit.* Non est hic ipso jure nulla, etiamsi dolus causam transactioni dederit: Nam in solis bonæ fidei judiciis hoc receptum est, ut dolus dans causam contractui eum reddat ipso jure nullum. *l. 7. pr. de dol. l. in causa. 16. §. 1. de minor.* in strictis judiciis non item. *l. si quis. 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stip.* cujus generis constat esse transactionem. Et ideo quod in *l. insumma. 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, transactionem imperfectam esse & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus summum: hoc enim ipsum, quod repetitio dari dicitur, satis arguit pecuniæ ob transactionem datæ dominium esse translatum, & summo jure processisse, quod gestum est. Caterum qui dolo adversarii deceptus est, & circumventus, in hoc, ut transigeret; siquidem actor est, eique adhuc superfit actio, veluti si tantum pactus est se non petiturum, poterit instaurare actionem, reumque excipientem de pacto doli mali replicatione remove. *d. l. sub. prætextu. 19. C. hoc tit. l. 5. C. de pact.* Sin autem verus actio sublata est, ut fit cum actor reum interposita stipulatione Aquiliana, & secuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus constitutum exercere actionem de dolo. *d. l. sub. prætextu. l. 4. C. eod.* Reus deceptus si nondum præstitit, quod transactionis nomine promissit, habet, si conveniatur, exceptionem doli: si præstitit, habet ultro condictionem sine causa, qua repetat datum ob eam causam, quam jure non subesse postea apparuit. *l. 1. ff. de cond. sine caus. Don. add. l. sub prætextu. & l. pen. C. hoc. tit.*

15. Jurata transactio non tantum servari jubetur, sed etiam in eum, qui non servat & contra eam venit, poena statuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut poenam conventam solvat, & tamen agere non possit. *l. si quis major. 41. C. hoc tit.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25. annis, ac proinde ad minorem porrigenda non est, maxime cum sit poenalis. *fac. l. fere in omnibus. 108. l. factum cuique. 155. §. 2. de reg. jur. c. in pœnis. x. cod. in 6.* Sed an ista constitutio etiam pertineat ad transactiones ipso jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæsitum est. Respondeo tales transactiones jure civili per jusjurandum non confirmari. *l. si ex falsis. 42. C. hoc tit. l. 5. C. de legib. l. 7. §. 16. ff. de pact. l. si quis. 112. §. ult. de legat. 1.* secus autem esse de jure Canonum, per *c. cum contingat. 28. x. de jurejur. c. quamvis. de pact. in 6.* Exempli gratia, non valet jure civili transactio de alimentis testamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamsi jurata sit: jure tamen canonico talem transactionem jurejurando firmatam valere satis superque credo me ostendisse *sup. c. 5.*

16. Circa effectum transactionis etiam quæritur de vi ac potestate generalis clausulæ, quæ nonnunquam transactioni de re una, aut etiam pluribus expressim factæ, subjici solet: qua scilicet cavetur, *omnia esse amicabiliter transacta & terminata, actoremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Respondeo, eam hujus generalis clausulæ interpretationem faciendam esse, ut non de aliis causis transactum videatur, quam quæ specialiter deductæ fuerunt in præsentem petitionem: neque generalem hujusmodi clausulam, quamvis adjectum non sit, *eo nomine*, trahi debere ad controversias, de quibus speciatim dictum aut cogitatum non fuit. *l. qui cum. 9. in fin. ff. h. t. l. si de certa. 31. C. eod. & ibi post alios pulchre Mornacius.* Quod adeo verum est, ut tamen si stipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes, *l. 4. ff. eod.* sed etiam actiones in rem; *l. ut responsum. 15. C. eod.* attamen generalis clausula stipulationis Aquilianæ hujusmodi

iusmodi transactioni subiecta non alias quæstiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit. *l. 5. ff. eod.*

17. Uoi pro eo, quod vulgo legitur, *Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit*. Grotius in *spars. flor.* post Desiderium Heraldum reponit, *Liberationem enim captiosam interpretatio prudentum fugit*. Et recte: neque enim de donatione agit jurisconsultus, sed de liberatione, quam affert novatio, quæ fit per Aquilianam stipulationem & præcedentem obligationem perimit; quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l. Divus Pius. 28. de reg. jur.* Quidam vir doctus *c. 24. ad jus Attic.* legi vult, *Liberatitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud nostros haud temere reperiatis: & videtur auctor iste parum æquus in Heraldum iudex: aut certe aliquid humani passus contradicendi studio.

18. Nam & *c. 25.* ubi cum in *l. Et si quis. 14. §. sed interdum. 7. ff. de religiof.* ita scriptum sit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis, vel ipsius humanitatis*, &c. eam scripturam mordicus retinendam censet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hereditatis* iudicasset, quo nec verius restitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadversa est: quod & Grotio in *flor. spars.* visum. Nam humanitas ad sequens & oppositum membrum pertinet; nec aliud est, quam misericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve est. Rara enim magna ingenia sine istiusmodi nævulis: quibus nec ipse Aristoteles caruit; nec veteres JC. præsertim Labeonis Epitomares, Javolenus & Paulus, ut alibi ostendo.

19. Cæterum quod diximus, etiamsi transactioni de controversia aliqua factæ subiecta sit clausula, *nihil amplius peti*, non addito *eo nomine*; tamen eam clausulam trahendam non esse ad eas res aut causas, de quibus actum non est, ei ob stare videtur locus Scævola in *l. qui Romæ. 122. §. ult. de verb. obl.* ubi talis species proponitur: Duo fratres consortes paternam hereditatem inter se dividerunt, transigendi, ut plerumque fieri solet, causa. *l. tres fratres. 35. ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil se contra eam divisionem facturos, Et si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promissit*. Erant autem testamento patris invicem rogati, ut qui prior sine liberis vita fungeretur, partem suam fratri supersiti restitueret. Uno igitur ex iis sine liberis defuncto aliis scriptis heredibus, ab his superstes frater hereditatem petiit ex causa fideicommissi. Ait jurisconsultus adversum eum pronunciatum esse, quasi de hoc quoque in divisione transactum fuisset; nempe eum repulsum esse exceptione transactionis, cum tamen, si vera sunt, quæ diximus, divisio illa per se non sit idoneum argumentum remissi fideicommissi. Respondeo, iudicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt: neque enim verisimile est eo solo motum fuisse, quod fratres bona paterna transactione interposita divisissent, sed quia aliunde ei liquebat & satis probatum erat, de fideicommissio quoque fratres inter se transigisse. Quod si hæc responsio, quæ Cujacii est, non placet, dicam perperam illic a iudice pronuntiatum fuisse, quod & aliquo modo ipse Scævola innuere videtur. Notum autem rem iudicatam pro veritate haberi, eique standum esse, etiamsi male iudicatum sit: & ob id etiam pœna in casu proposito censetur commissæ. *d. §. ult. in fin.* & ita iudicatum in supremo senatu Hollandiæ decis. 43. & curia Frisiæ. Sande *l. 4. tit. 5. defin. 14.*

20. Plane si tam aperta & enixa sint verba generalis clausulæ, ut dubitari nequeat, quin

quin de quæstionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter transigentes actum appareat, ne qua litis materia superesset, neu quid relinqueretur indecissum, tunc non debet illa generalis clausula coangulari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & transactum sit, & quæ transactioni occasionem causamque dederit: sed generalis decisio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter transigentes superit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu discedere voluerunt; Glossa notabilis in *l. sub pretextu. 29. C. h. t. Duar. ad h. t. c. 4. in fin. Mornac. in d. l. 29.* Idque est, quod veteres quidam dicere solebant, caveant sibi contrahentes a stipulatione Aquiliana. *Ant. Fab. Cod. suo for. h. t. defin. 6. § 12.* Illud autem extra omnem controversiam positum est, transactionem generalem factam super petitione generali officere transigentibus etiam quoad species postea repertas; quæ tempore transactionis latebant, dummodo ad idem genus pertineant. *d. l. sub pretextu. 29. C. h. t. § ibi Gloss. & DD.* ut idem hic sit effectus transactionis qui & sententiæ super petitione generali latæ: constat autem sententiam conformem esse debere libello, id est, petitioni & contestationi. *l. ult. C. de fideic. libert. & ita cape Mornacium in d. l. 29.* cum ait hujusmodi transactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non est: quod alioqui falsum est. Nunquam enim transactio, quantumvis generalis, trahenda est ad eas res, de quibus inter transigentes nec actum nec cogitatum est. *l. 5. l. qui cum tutoribus. 9. §. 1. § ult. ff. h. t. bene & distincte Donell. ad d. l. 29.*

F I N I S.

Gg

IN.

INDEX RERUM ET VERBORUM.

A.

Accusatori demum inchoata accusatione
licita de crimine capitali transactio. 113
Actio alia non datur ex pacto in continenti
bonæ fidei contractui appposito, quam ejus con-
tractus, cui appositum. 53. nisi tendat ad dis-
solutionem contractus. 54
Actio præscriptis verbis & nomine & re
incerta est, an concurrat cum actione nomi-
nata. 53
Actu plus est in specie, quam in genere. 12
Actus agentium non operantur ultra eo-
rum intentionem. 67
Actio confessoria aut negatoria an compe-
tat pro tuenda jurisdictione. 135
Actio ex maleficio orta an admittat trans-
actionem, cum civiliter agitur. 197
Actiones hereditariæ post collationem de-
mum cum effectu exerceri possunt. 180
Actiones omnes tam in rem, quam in per-
sonam transactionem admittunt: etiam præ-
judiciales. 196
Actus jurisdictionis & mixti imperii
plane diversi. 113
Addictio in diem & lex commissoria vi-
dentur pacta legitima. 13
Adminicula contractus. 41
Administratio negotiorum puberis etiam
ad res contrahendas pertinet. 69
Æstimatoria actio an nominata. 30
Adventitia jure novissimo in collationem
non veniunt. 157
Adoptio, manumissio, emancipatio apud
eum, cui mandata est jurisdictio, exerceri
non potuerunt. 119
Nec potuerunt apud legatum proconsulis 117
Adulterium an tempore Diocletiani capi-
tale fuerit, obiter. Cur de eo transigere veti-
tum quamvis capitale factum. 218
Alienandi jus qui non habet, nec obligandi

habet, & contra. 68
Alienationis prohibitio conventionalis &
testamentaria. 73
Alimentarii transactio sine prætore facta,
sed juramento firmata an valeat. 208
Alimentis homini locupleti relictis an
transactio citra prætoris cognitionem valeat. 206
Alimentorum appellatione quid contineat-
ur. 204
Alimentorum causa non semper relictum
intelligitur, quod in annos singulos relinqui-
tur. 205
Α' πωσεία. 8
Α' ποσεία. 10
Argentariis usuræ debentur ex nudo
pacto. 13
Argumentatio a conventionem nominata
ad innominatam non procedit. 36
Argumentum a pignore generali ad pignus
illatorum non procedit. 59
Argumentum a majori ad minus non pro-
cedit in iis, quæ sunt meri imperii. 103
B.
Bonæ fidei judiciis exceptiones pacti &
doli insunt. In bonæ fidei judiciis usuræ
etiam ex pacto debentur. 48
Bona collata fiunt effectu hereditaria. 180
Bona, quæ filius in potestate patri non ac-
quirat, ea emancipatus non confert, quæ ille
acquirat, hic confert. 157
Bona castrensia & quasi, non conferun-
tur. 155
Bonorum possessionem dare licet sit volun-
taria jurisdictionis, mandari tamen potest. 14
C.
Capitale crimen quid, & unde dicatur. 212
Casus, quibus procedit transactio de ali-
mentis citra prætoris auctoritatem. 209
Causa etiam frivola excludit præsumptio-
nem

I N D E X.

- nem donationis. 62
Causa nomine quid veteres intelligant, cum ajunt ex conventionione innominata, cui causa subest, actionem nasci. 31
Causa plerumque pro impleta habetur cum casu factum, ut impleri nequeat. 25
Causa cognitionis pratoria an mandari possint. 121
An mandata simpliciter jurisdictione transeant. 121
Cautione quomodo collatio fiat. 177. *Quid si quis ob inopiam cavere nequeat.* ibid.
Chirographum reddens creditor tacite pacisci videtur, ne petat. 60. *Quid si cum duo haberet, unum tantum reddiderit.* 61
Civilibus causis qui praest, ex prorogatione d criminalibus cognoscere non potest, & contra. 130
Civitatibus ex nudo pacto debentur usurae. 11
Codicillis factis etiam olim procedebat collatio, sive de toto sive de parte disponent. 153
Codicillis relicto contentus ad collationem non urgetur. 153
Coercitiones quaedam mixto & mero imperio communes. 114
Cognitio de transact. alimentorum non est jurisdictionis, sed specialis concessionis. 204
Cognitio de transact. alimentorum est jurisdictionis ordin. sed specialis concessio. 204
Cognitio & pronuntiatio super quaestione suspecti tutoris jurisdictionis est. 121
Collatio quomodo fiat. 173
Collation. definitio vulgata reprehensa. 140
alia ab auctore substituta & exposita. 140
Collatio fit deductis impensis necessariis, & sine usuris & fructibus. 177
Collatio fit pro portionibus hereditariis, cum insigni circa hanc rem distinctione ex ratione juris veteris. 177
Collationis productio ad donationem propter nuptias, ad nepotes & neptes cum tibiis suis avo & aviae succedentes, ad successionem ex testamento. Eiusdem juris restrictio. 139
Collatione fungi jure novissimo etiam qui diverso jure veniunt. 148
Collationi, quae alias cessaret, toties locus est, quoties citra eam nimia oriretur inaequalitas. 164
Collationi obnoxia ea solum, quae tempore mortis parentum jam quaesita sunt conferenti. 168
Collatio inter adscendentes locum non habet, nec inter laterales. 146
Collatio interdum officio judicis inducitur. 147
Collatio olim locum non habuit, ubi unus e filiis institutus, alter exheredatus erat. 147
Collationis variae significationes. 137
Collationis necessitas quam ob causam primum introducta. 138
Collationem excludit defuncti voluntas non tantum expressa, sed etiam ex evidentibus conjecturis elicita. 150
Collationi non est obnoxium, quod datum est ultra portionem hereditariam. 150
Commodum simul & ex pacto & ex stipulatione poenali ferre aequum non est. 186
Condictio ob causam dati perpetuo separatur ab actione praescriptis verbis. 25
Constitutum, quod pactum honorarium, pro legitimo habendum. 13
Continens quid. Continentes provincia.
Continentia urbis aedificia. Ex continenti, sive in continenti. 7
Contractus quid Contractus nominati. 30
Contractuum innominatorum genera. 31
Conventio de pignore, quae pactum pratorium, pro legitima habenda. 13
Conventio gratuita de remittendo legato condicionali an valeat. 81
Conventio nuda. 15
Conventio privata, legitima. II. publica. 7
Conventio temeraria, simulata, jocularis non meretur nomen conventionis aut pacti. 28
Conventiones innominatae, quae terminos nudi placiti non egrediuntur, non sunt contractus. Non competit ex his actio solo jure conventionis. Non potest his accommodari
G g 2 for=

INDEX.

formula actionis præscriptis verbis. Non nascitur ex his duplex actio, una jure conventionis, altera ex perfectione & secundum perfectionem contractus. Oblatio in his non habet vim implementi. 31
Conventionis nomen generale. 3
Conventionis vox πολύσημος. Nunquam usurpatur in specie pro conventione aliqua opposita pacto. 18
Crimen non perimitur abolitione. 215

D.

DEcidere pro transigere. 183
Defensores civitatis non iidem, qui syndici aut curatores civitatis. 190
Depositum aut precarium ante tempus repetens non facit contra obligationem. 37
Discrimen circa modum conferendi inter jus vetus & novum. 177
Divisio jurisdictionis in civilem & criminalem a juris Romani usu aliena. 98
Dolus malus est, qui post fidem datam adhibetur. 6
Donare pro in peculium dare apud nostros non inusitatum. 172
Donatio simplex filio emancipato facta an conferenda. 173
Donatio simplex hodie quorundam moribus confertur. 175
Donatio uni ex liberis ob singulare meritum facta an collationi obnoxia. 165
Donatio simplex quibus casibus confertur, regulariter non confertur, non facta filio in potestate constituto. 170
Donationis pactum in præsens conceptum est conventio legitima. 12
Dos & donatio propter nuptias quando quibus casibus conferantur. 153
Dotis pollicitatio pactum legitimum. 12
Dux belli citra speciale mandatum pacem facere non potest. 8
De quibus rebus recte paciscatur. 8

E.

ECclesiastici proprios judices habent. Jure Can. penitus exempti jurisdictioni

magistratus politici. 132
Contra in ditionibus fœderati Belgii. 133
Edictum de pactis pertinet ad conventiones omnes. 3
Effecta naturalis obligationis pupilli. 63
Effectus jurisdictionis prorogata. 133
Effectus transactionis super crimine capitali factæ, per hanc transactionem non fit præjudicium causæ publicæ. Non eadem hujus transactionis vis, quæ rei judicatæ. 215
Emancipatus ei soli confert, cui aliquid aufert. 142
Emancipatus quo casu ad collationem vocetur ex sententia edicti. 143
Emancipati soli ex edicto ad collationem vocantur. 142
Emancipati hodie non conferunt, quæ ipsis aliunde quam a patre obvenierunt. 143
ex testamento hereditatem obtinentes ex edicto non conferunt suis heredibus. 143.
ex edicto sibi invicem non conferunt. 142
Error in persona impedit consensum. 132
Exceptione dilatoria opposita an tacite prorogata intelligatur jurisdictio. 132
Exceptio doli subsidiaria pacti. 72
Exceptio fideiussori semel quæsitæ an ei adimi possit pactione debitoris. 74
Exceptio per prius pactum quæsitæ per posterius non ipso jure, sed per replicationem eliditur. 94
Extraordinariæ jurisdictionis quæ sunt, mandata jurisdictione non transeunt. 119

F.

FActum in pactis versari quo sensu dicatur. 94
Falcidia an vivo testatore privata conventionem remitti queat. 80
Familie sustentandæ gratia data in collationem veniunt. 165
Fideicommissum interdum in contractibus constituitur. 73
Fidei observatio est ex jure gentium. 10
Fides data servanda etiam hostibus, prædonibus &c. 9

Fide-

I N D E X.

- Fidejussoris pactum non prodest reo, nisi persona rei expresse comprehensa.* 75
- Fides sanctissimum humani pectoris bonum.* 21
- Filiæ. item filiæ emancipatæ quam dotem quibus conferant. Quid jure veteri hic obtinuerit.* 160
- Filiis. ex edicto nihil conferunt. 138. filiam. dotem confert ex rescripto D. Pii. ibid. &* 139
- Filiis & servi pactum prodest patri & domino.* 72
- Filio in potestate herede instituto, & emancipato præterito, si emancipatus acceperit contra tabulas, conferre debet, licet frater ex testamento hereditatem obineat. 147. filio & nepote ex eo heredibus institutis cessat collatio.* 148
- Filia statuto a successione patris extantibus masculis exclusa, si cum fratribus heredes scripta sit, immunis est collationis.* 152
- Filius non tenetur conferre dotem uxoris suæ, nec dotem, quam filiæ suæ dedit, nisi ad eum reversa sit.* 161
- Filius tenetur conferre pecuniam, quam sibi studiorum causa missam dissipavit.* 164
- Fisci procurator generalem in causis civilibus jurisdictionem habet.* 130
- Forma prorogande jurisdictionis.* 126
- Forma prorogationis de persona ad personam.* 131
- Fructus adventitiorum an ab emancipatis conferantur. An horum fructus percepti a filiis conferendi.* 157
- Frugum æstimatio subinde mutatur.* 12
- Fruventi mutuo dati usuræ debentur ex pacto.* ibid.
- Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an ususfructus debeat.* 206
- Furiosorum & mente captorum pacta* 65
- G.
- G***enus non est particeps differentiarum. De specie sua prædicatur, & non convertitur.* 2
- Geometrica æqualitas in collatione spe-*
- ciatur.* 180
- Gratuita pactio deco ntroversiis, quæ ex testamento oriuntur, an valeat citra inspectionem tabularum. 82. de alimentis testamento relictis sine prætor.* 82
- H.
- H***ereditas vendi potest & quæ nondum delata est. 87. An pactis conservari queat.* 88
- Hereditate divisa non interveniente collatione potest nihilominus collatio peti.* 161
- Heres ultra portionem hereditariam obligari non potest.* 151
- Hypothecam inter & pignus quid intersit.* 6
- I.
- I***mperium merum cur sic dictum. 99. Quid sit. 100. An condemnatio ad perpetuos carceres sit meri imperii.* 100
- Infans & infantie proximus parum a furioso distant: & quibus in causis dispar eorum conditio.* 66
- Infantie proximi & proximi pubertati comparatio.* 67
- Ingressus, initium contractus.* 44
- Instrumento reddito, quo alius quoque obligatus, quid juris.* 60
- Intentionem ambiguam pro actore interpretamur.* 91
- Interdictio bonorum non juris est, sed jurisdictionis.* 65
- Intervallum, ex intervallo.* 45
- Inventa & illata in prædium urbanum, nata in fundo tacite sunt pignori locatori.* 70
- Illata in prædium rusticum non aliter, quam si id nominatim convenierit.* 58
- Jubere cavere prætoris stipulatione & in possessionem mittere jurisdictioni adscribenda, non mixto imperio.* 115
- Judici a principe dato etiam jurisdictio mandata intelligitur. 123. Quæ hujus rei effecta.* 123
- Jn-

INDEX.

Judicis dandi licentia ad quam speciem jurisdictionis pertineat. 111

Judicibus pedaneis male comparantur? C. quos judices subalterni hodie fere consueverunt. 121

Jurate transactionis vis. 231

Jure gentium mero nulla in civitate vivitur. 23

Jure naturæ & gentium etiam ex nuda conventionione obligamur. 26

Jurisdictionis nulla simplex, si consideretur in concreto. 109

Jurisdictionem qui habet etiam mixtum habet imperium. 116

Jurisdictionis in genere acceptæ definitio cum exegeſi. 110

Jurisdictionis autem est, non mixti imperii. 114

Jurisdictionis quot modis accipiatur. 109.

Quando tacite prorogata censeatur. 132

Jurisdictionis contentiosa quid, & quæ eo spectent. 112. Voluntaria, & quæ ejus generis. 112

An semper extra provinciam explicari possit. 112

Jurisdictionis ordinaria, & quæ eo pertinent. Extraordinaria, & quæ hujus generis. 111

Jus civile non debet exigi ad mera juris gentium præcepta. 22

Jus dicere & judicare diversa. 110

Jurjurandum omne sponte præstitum servari debet, si non redundet in præjudicium alterius, aut dispendium salutis. 83

L.

Legata & fideicommissa non subjiciuntur collationi. 168

Legatum filio relictum cum pater morietur, an contributioni obnoxium. 169

Legatus proconsulis propriam jurisdictionem non habet: nec est magistratus. 117

Legitimitas non pertinet ad jurisdictionalia. 112

Legitima conventio. 11

Legitima pacta & in continenti adjecta diverso respectu & nuda & vestita dici possunt. 37

Liberatorium pactum ipso jure naturalem obligationem tollit. 94

Liberi inter se collatione funguntur, quamvis cum his extraneus heres scriptus sit. 150

Liberi, qui sunt in adoptiva familia quando conferant fratribus naturalibus. 145

Liberi invicem conferunt, etiam si ex capite unde liberi exclusi ex sequentibus admittantur. 144

Liberi ex inferiore ordine venientes, nihilominus jure liberorum succedunt. 144

Libri a patre filio literis operam navanti suppeditati an conferantur. 156. an dati filio titulum Doctoris adepti. 156

Libri, instrumenta mathematica &c. filio data an collationi subjecta. 163

Locupletior nemo fit ex sola promissione aut susceptione alienæ obligationis. 67

Lucrum industria filii ex re patris partum, an & quatenus conferendum. 167

Lytron quod pro filio ab hostibus redimendo pater solvit, non venit in collationem. Quid si solverit, quid pro filii delicto. 164

M.

Magistratus nullo existente accusatore in crimen inquirere potest. 216

Magistratum non facit quævis jurisdictionis, sed ea, in qua principem locum obtineat. 118

Magistratus soli propriam jurisdictionem habent. 117

Mandare jurisdictionem is solus potest, qui eam suo jure habet. 119

Mandari jurisdictionis non potest iis, qui judices esse non possunt. 119

Mandata jurisdictionis quando intelligatur. Quatenus transeat. 122

Mandata a Principe ejus propria efficitur, cui mandata est: & ejus rei effecta. 124

Mandata jurisdictionis quid. 118

Mandataris jurisdictionis simplex & purus est vicarius non magistratus. Sententiam, quam dixit, exequi potest: judex datus non item. 118

Man-

I N D E X

- Mandator & mandatarius obligantur sub
dijunctione, hic ut mandatum impleat, aut
tempestive renuntiet, ille ut impleri patia-
tur, aut revocet.* 37
- Matrimoniales causae an transactionem
admittant.* 196
- Matrimonii nobilioris personae concilian-
di gratia datum an conferendum.* 165
- Matrimonio, constante si de collatione a-
gatur quid juris.* 161
- Merces indicii peti non potest ante indi-
cium.* 24
- Merum imperium non idem, quod jus vi-
ae ac necis: nec idem, quod summum.* 107
- Merum imperium suo jure solus habet
Princeps, magistratus nudum ejus exerci-
tium, contraria Altonis sententia quomodo
defendi queat.* 107
- Merum imperium mandari non potest ex-
tra causam necessariae absentiae. 104. ne ab
eo quidem, cui Princeps causam criminalem
commisit. 105. Quid in causa infirmita-
tis. 105. An delegabile jure Can. 105. Quid
in toparchis.* 106
- Meri imperii exercitio qua ratione ad
bruta quoque animalia extendatur. 100. Item
ad noxiorum hominum cadavera.* 100
- Meri imperii appellatione contineri
etiam jus de criminibus cognoscendi.* 101
- Merum imperium qui olim habuerint. 102
qui post Principem constitutum. 103. qui a-
pud nos.* 104
- Militiae verbo quid passim apud nostros
significetur.* 166
- Militiae ex casu nullae sunt.* 166
- Mixtum imperium an mandari queat.* 122
- Mixtum imperium quid sit, & qua in re
a jurisdictione differat.* 112
- Mixti imperii divisio in id, quod juris-
dictioni inest, & cui insit jurisdictio, com-
mentitia est.* 116
- Mos dandi iudices apud Belgas fere exo-
lequit.* 125
- Municipales magistratus non habent om-
nes partes mixti imperii. Non possunt fa-
cere, quae imperii magis sunt, quam juris-*
- ditionis.*
- N.
- Natura contractus.* 36
- Negotiationis &c. exercendae causa
data certo jure conferuntur.* 265
- Nepotes & neptes quando & quibus do-
tem aut donationem propter nuptias conferre
debeant.* 159
- Notio quid, & quam varia hujus voca-
buli significatio* 109
- Nuda pacta non sunt contractus: nec le-
gitima aut incontinenti adjecta.* 39
- Nudum pactum est, cum quis pollicitus
est emere aut vendere.* 35
- Nudum pactum etiam jure Romano obli-
gationem naturalem parit. Aliarum gentium
& nostris moribus ac jure Can. etiam acti-
onem producit.* 27
- Nudum pactum quid.* 15
- Nudum non est vox alienans, sed discer-
nens.* 16
- Nudum pactum tam proprie pactum,
quam vestitum. Nudum etiam, quod se-
riam.* 20
- O.
- Obligatio a defuncto cepta heredibus o-
mnibus acquiritur pro portione heredi-
taria.* 85
- Obligatio naturalis ex pacto, nisi personae
qualitas obstat, eadem effecta jure civili ha-
bet, quae mixta, dempta una actione.* 93
- Obligationes nudi consensus rebus integris
ipso jure contrario nudo consensu tolluntur.* 95
- Obligationi semel susceptae invito adver-
sario renuntiare non licet.* 37
- Obligationis origo in conventionibus in-
comparatis non a nudo consensu, sed a datione
aut facto ad consensum accedente proficisci-
tur.* 33
- Officia, quae aut vendi possunt, aut ad he-
redes transmitti, conferri debent.* 167
- Oratio etiam generalis accipienda de his,
de quibus actum est.* 51
- Orationes principum cur etiam senatus-
consulta appellantur.* 293
- Ordinarie jurisdictionis quae sunt, sola
man-*

I N D E X.

mandari possunt.	119	pro instrumento pacti.	5
Ordo nature non idem semper, qui	50	Pactum conventum iacm quod pactum	5
scripturae.	50	simpliciter.	5
Ordo iudicum in decurias descripto-	102	Pactum conventum non est proprie pac-	4
rum discretus a consilio centumvirali.	102	tum scriptum.	1
P.		Pactum & pactio idem.	1
P aciscens cum malefico qua tali, de re-	10	Pactum filii personale quatenus profit pa-	72
mittenda poena agere censetur.	10	tri.	72
Pacta adjecta traditionibus rerum quid	49	Pactum maioris partis creditorum an	5
operentur.	49	quando aliis noceat. 77. An & quando ab-	5
Pacta circa adminicula, circa naturam,	41	scentib.. 78. An & privilegiariis & hypothe-	79
circa substantiam contractus. Naturam	41	cariis. 78. Quid hic nostris moribus.	79
contractus egredientia.	41	Pactum nudum, licet serium, jure Ro-	21
Pacta circa successionem viventis impro-	84	mano actionem non producit.	21
bata, etiam reciproca: exceptis militum. 84.	84	Pactum nudum non explicationis tantum	16
an statuto confirmari possint. 86. an jura-	86	sed etiam discretionis causa dicitur.	16
mento. 86. an quando, & quatenus de here-	ibid.	Pactum nudum producit obligationem	27
ditate tertii.	ibid.	naturalem.	4
Pacta contra jus publicum, vel de statu	80	Pactum passim pro pacto nudo.	4
personae facta non valent.	80	Pactum, quo futurae successioni renuntia-	85
Pacta ex continenti facta de re quae in	49	tur.	71
stipulationem deducta est, stipulatione conti-	49	Pactum reale filii aut servi quando patri	75
nentur.	49	aut domino noceat.	91
Pacta incontinenti adjecta in bonae fid.	40	Pactum unius ex correis debendi aliis non	75
judiciis etiam ex parte actoris insunt, a-	40	prodest, nisi sint socii.	91
ctionemque pariunt: ex intervallo facta soli	47	Pactum unius ex reis stipulandi an alte-	220
reo prosunt ad exceptionem.	47	ri noceat.	155
Pacta apposita stricti juris judiciis a par-	63	Pactio an in criminibus non capitalibus	30
te actoris non insunt.	63	prohibita.	64
Pacta in personam non egrediuntur per-	1	Poenitentiam non admittunt contractus	60
sonam paciscentis.	1	innominati, qui finiendarum litium gratia	60
Pacta in rem. 63. quibus prosint.	2	ineuntur.	20
Pacti definitio	89	Patris pactum quando & quatenus filio	72
Pacti generali significatione contractus	72	profit.	191
quoque contineri	72	Patris transactio de bonis filii an & qua-	155
Pacti obscuri vel ambigui interpretatio	89	tenus procedat.	30
pro quo facienda.	89	Peculii filiorum fam. distinctio.	64
Pactione an uni ex heredibus consuli pos-	2	Permutatio an contractus nominatus.	60
sit.	2	Personale pactum rei an hodie profit fide-	60
Pactiones ad liberandum comparatae, i-	83	jussori.	60
tem de emendo, permutando &c. non sunt	83	Pignore ultro & simpliciter reddito, vi-	20
contractus.	83	detur vinculum pignoris remissum.	4
Pactio, quae per se non valet, an vires ac-	83	Pignus remittere videtur creditor red-	4
cipiat a iurejurando.	83	dens chyrographum.	4
Pactum conventum, & pactum figurate		Placiti sine stare quid.	4
		Pollicitatio.	4

I N D E X.

<i>Potestas cognoscendi de causa civili cur sola jurisdictionis nomen acceperit.</i>	99	<i>beant.</i>	117
<i>Pœna de crimine non capitali post lit. cont. transigentium.</i>	220	<i>Propria jurisdictionis quibus modis finitur.</i>	134
<i>Prædones communionem habent juris naturæ.</i>	10	<i>Proroganda jurisdictionis modus de loco ad locum veteribus incognitus.</i>	127
<i>Præfectus urbi cujus rei causa creatus.</i>	103	<i>Prorogari an possit jurisdictionis mandata.</i>	127
<i>Præfecti prætorio officium ut variaverit.</i>	104	<i>Prorogari an ita jurisdictionis possit, ut judex quolibet loco in suo territorio jus dicat.</i>	128
<i>Præscriptione an acquiratur jurisdictionis.</i>	134	<i>Prorogatio de tempore ad tempus an veteribus cognita.</i>	128
<i>Præses provincie jus deportandi non habuit.</i>	103	<i>Prorogatio de re ad rem, & quæ ad eam necessaria.</i>	128
<i>Prætor non idem, qui judex questionis.</i>	103	<i>Prorogata jurisdictionis quid, & quo colore sustineatur.</i>	126
<i>Prætoris tutelaris jurisdictionis ad alias causas prorogatione extendi non potuit.</i>	130	<i>Prorogata jurisdictionis quando finitur.</i>	133
<i>Præscriptis verbis actio non datur, nisi ex contractu.</i>	33	<i>Prorogatio fieri non potest in rebus diversi generis.</i>	130
<i>Præscriptis verbis actio potest concurrere cum alia, licet vulgari & bon. fid.</i>	54	<i>Prorogatio de persona ad personam.</i>	130
<i>Prætori in transactione alimentorum examinanda.</i>	208	<i>Prorogationi non est locus nisi inter eos, qui communi imperio subjecti.</i>	126. nec in diversis magistratibus, qui simul sunt domini territorii. 126. In prorogatione solus partium consensus requiritur. Eum, in quem consensus est, aliquam jurisdictionem habere debere.
<i>Prætor pacta servat data actione aut exceptione.</i>	3		126
<i>Prætor pro tribunali de transactione alimentorum cognoscere debet.</i>	204	<i>Prorogatio quando procedat, si de aliis causis judex aditus sit, quam quibus præfectus est.</i>	130
<i>Princeps pacem faciendo privatorum injurias per causam belli acceptas remittere potest, contrahendo cum subditis privatorum jure utitur.</i>	8	<i>Pubes curatorem habens an ex contractu sine curatore obligetur.</i>	68
<i>Procurator Cæsaris transigere omnino non potest.</i>	190	<i>Pupillus pubertati proximus an ex contractu sine tutore inito naturaliter obligetur.</i>	67
<i>Procuratoris pactum prodest domino ad exceptionem doli.</i>	72	<i>Pupillus licet pubertati proximus, sine tutore non recte transigit.</i>	68
<i>Procuratoris pactum quando nocet domino.</i>	71		
<i>Prodigi cum minore collatio.</i>	65	Q uantitatis ad quantitatem prorogatio.	130
<i>Prodigi & furiosi similitudo & dissimilitudo.</i>	65	<i>Querela inofficiosi testamenti a defuncto omissa ab herede instaurari non potest.</i>	152
<i>Prodigo an bonis interdicatur ipso jure, an decreto magistratus.</i>	66	<i>Quomodo quo effectus se quis subiciat jurisdictioni alicujus, & quid hic apud Batavos.</i>	131
<i>Promissio impunitatis aut præmii facinus aliquod detegentibus servanda.</i>	10	Hh	Reges
<i>Propria jurisdictionis quid, & qui eam habeant.</i>			

I N D E X

R.

- R**eges Siciliae, Neapolis &c. Duces
&c. Germaniae, veros esse principes,
juraregalium habentes. 105
Repudiationis & pacti differentia. No-
stris moribus insuper habetur. 81
Res dubia in causa transactionis quae di-
catur. 184
Res geri coepta a delegato quando dicatur.
134
Re quomodo collatio fiat. 176
Res ipsa, de cujus collatione agitur, an
in specie conferenda. Quid si alienata sit.
Quid si rei ipsius collatio conferenti da-
mnoſa, aut coheredum nihil interſit rem i-
psam conferri. 176
Restitutio in integrum est jurisdictionis,
sed eminentioris cujusdam. 116
Revocatione finitur jurisdictio manda-
ta. 134
Reus criminis capitalis quovis tempore
impune transigit 213
Reus transigens de crimine non capitali
pendente judicio an habeatur pro conde-
mnato. 221

S.

- S**altus hiberni & aestivi certis tempori-
bus relinquere solent. 47
Scriptura interveniens non efficit, ut pa-
ctum desinat esse nudum. 15
Socius socio societatem renuntians non
renuntiat constituta obligationi. 37
Speciei tota essentia non est in genere. 2
Stipulatio an sit conventio legitima. 14
Studioſorum libri illati an legem taciti
pignoris sequantur. 59
Substantia contractus & natura contra-
ctus an semper idem. 42
Successionem non affectans ad collatio-
nem urgeri non potest. 178
Sui nec inter se, nec emancipatis ex e-
dicto conferunt. 149

Sumptus praeter dotem &c. facti an
conferendi, an facti a patre studiorum filii
gatia. 163

Quando hi sumptus patre mortuo ad com-
mune onus pertineant. 163

Sumptus pro filio facti dignitatis conse-
quenda gratia non conferuntur. 166

Supremae potestatis est leges condere, bel-
lum indicere &c. non meri imperii. 108

T.

Tacitumpignus illatorum an locum ha-
beat in bonis minorum illatis sine con-
sensu curatoris. 59

Testamento facto olim non procedebat col-
latio, nisi id per bonorum possessionem cont-
tab. everſum eſſet, an idem testamento per
querelam reſciſſo. 153

Transactio an licita in crimine majesta-
tis & parricidii. 216. Quid si delictum tale
sit, quod ordinarie poena mortis non puni-
tur, sed cujus poena ex circumstantiis ad
mortem usque extendi possit. 217

Transactio de controversiis ex testamento
descendentibus non procedit, sine inspectione
testamenti. 198. Quid si facta transactio sine
clausula cognitis verbis &c. 200. Quid si
questio nata ex testamento nuncupativo.
200. Quid si transigentes inspectioni re-
nuntiaverint. Quid si huic renuntiationi
acceſſerit juſjurandum. 200. An ſufficiat
generalis renuntiationo ſaltem jurata. 200

Transactio per calumniam expressa non
valet. 193

Transactio nulla nisi de re dubia. 184

Transactio quomodo & quo effectu fiat
per contractum innominatum. Quomodo &
quo effectu per stipulationem Aquilianam.
Per stipulationem simplicem. Per conven-
tionem subiecta stipulatione poenal. 185

Transactio super instrumento guaranti-
giato, post rem juſſurando deciſam, poſt
confeſſionem judicalem interpoſita an va-
leat. 195

Transactio in casu sanguinis permissa, &
tam actori, quam reo. 213

Trans-

I N D E X.

<p><i>Transactio</i> nuda conventionē facta quæ vis. 185</p> <p><i>Transactio</i> de raptu an licita. An de stupro. An de incestu. 219</p> <p><i>Transactio</i> de crimine non capitali prohibita. 220</p> <p><i>Transactio</i> an licita in privatis criminibus. 221</p> <p><i>Transactio</i> neque contractus proprii nominis, neque contractus species. 30</p> <p><i>Transactio</i> patris de bonis filii immobilibus an procedat sine decreto. 191</p> <p><i>Transactio</i> nis definitio. 183</p> <p><i>Transactio</i> nis & pacti discrimen. 184</p> <p><i>Transigere</i> an liceat de crimine falsi. 222</p> <p><i>Transigere</i> de alimentis præteritis absque prætoris licet, non de futuris suprema voluntate relictis, & quid si ex conventionē debeantur. 203</p> <p><i>Transigi</i> non potest de re judicata. Quid si sententia jure non subsistat. Quid si ab ea appellatum, aut appellari possit, aut in dubium vocetur, an judicatum. Quid si integrum restitutio impetrata aut postulata, 11</p>	<p>ubi quadam notabilia in praxi. 193</p> <p><i>Transigi</i> non potest super crimine fustigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente. 216</p> <p><i>Tutoris</i> & curatoris pactum quando noceat pupillo vel adulto. 71</p> <p><i>Tutoris</i> & curatoris pactum prodest pupillo, adulto &c. 72</p> <p><i>Tutoris</i> datio non est jurisdictionis propriæ acceptæ & ordinariæ. 111</p> <p><i>Tutoris</i> dandi potestas mandata jurisdictione non transit. 121</p>
---	--

V.

<p>V <i>Asallus</i> de fundo transigere an possit inconsulto domino. 192</p> <p><i>Verbi</i> transigere varius usus. 182</p> <p><i>Vidus</i> verbo quid contineatur. 205</p> <p><i>Vidus</i> ex libera potius voluntate, quam ex coactione pendet. 22</p>	
--	--

U.

<p><i>Usuræ</i> pecuniæ trajectitiæ debentur ex pacto. 11</p>	
---	--

F I N I S.

A R-

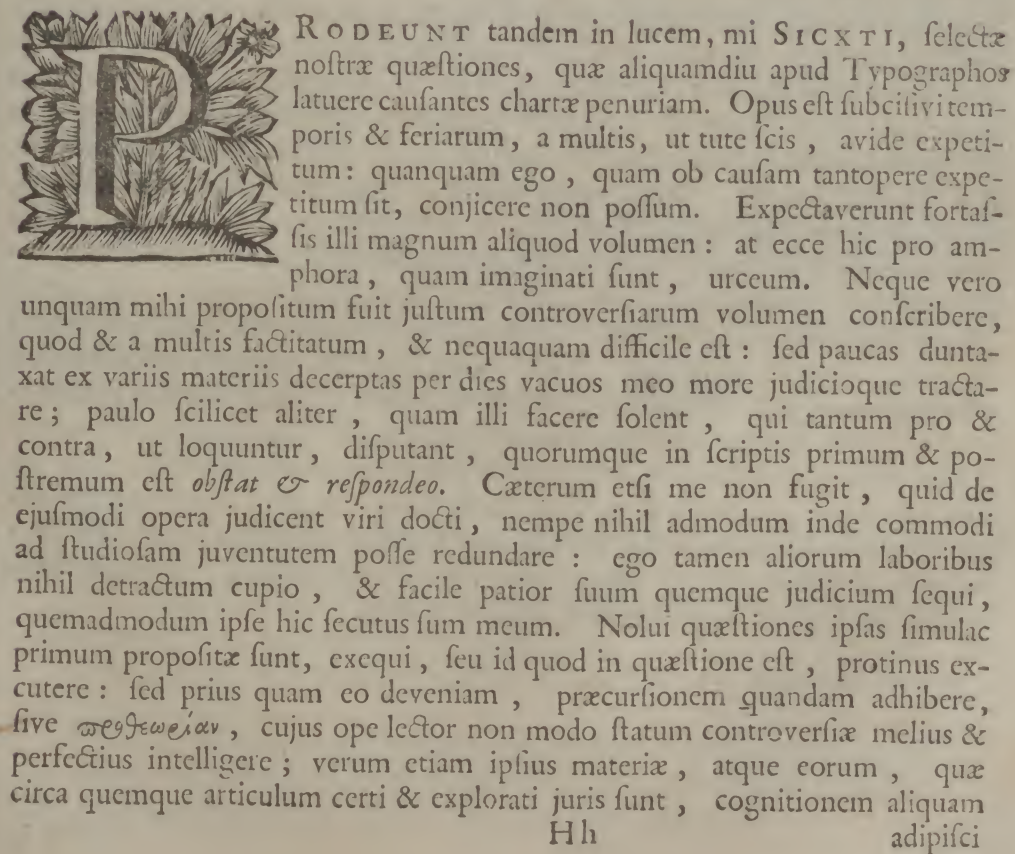
INDEX

1. The first part of the book is devoted to a general
description of the country and its inhabitants.
2. The second part contains a detailed account of the
history of the country from the earliest times to the
present day.
3. The third part is a collection of laws and customs
which have been in force in the country for many
years.
4. The fourth part is a collection of poems and
songs which have been composed in the country for
many years.
5. The fifth part is a collection of stories and
fables which have been told in the country for many
years.
6. The sixth part is a collection of recipes and
cookery which have been used in the country for many
years.
7. The seventh part is a collection of medical
prescriptions which have been used in the country for
many years.
8. The eighth part is a collection of recipes and
cookery which have been used in the country for many
years.
9. The ninth part is a collection of medical
prescriptions which have been used in the country for
many years.
10. The tenth part is a collection of recipes and
cookery which have been used in the country for many
years.

Q U Æ S T I O N U M
L I B R I D U O.

D. JOHANNI SIXTI

A R N O L D U S V I N N I U S
S. P. D.



RODEUNT tandem in lucem, mi SICXTI, selectæ nostræ quæstiones, quæ aliquamdiu apud Typographos latere causantes chartæ penuriam. Opus est subcivili temporis & feriarum, a multis, ut tute scis, avide expetitum: quanquam ego, quam ob causam tantopere expetitum sit, conjicere non possum. Expectaverunt fortassis illi magnum aliquod volumen: at ecce hic pro amphora, quam imaginati sunt, urceum. Neque vero

unquam mihi propositum fuit justum controversiarum volumen conscribere, quod & a multis factitatum, & nequaquam difficile est: sed paucas duntaxat ex variis materiis decerptas per dies vacuos meo more judicioque tractare; paulo scilicet aliter, quam illi facere solent, qui tantum pro & contra, ut loquuntur, disputant, quorumque in scriptis primum & postremum est *obstat & respondeo*. Cæterum etsi me non fugit, quid de ejusmodi opera judicent viri docti, nempe nihil admodum inde commodi ad studiosam juventutem posse redundare: ego tamen aliorum laboribus nihil detractum cupio, & facile patior suum quemque judicium sequi, quemadmodum ipse hic secutus sum meum. Nolui quæstiones ipsas simulac primum propositæ sunt, exequi, seu id quod in quæstione est, protinus excutere: sed prius quam eo deveniam, præcursionem quandam adhibere, siue *πρόσπειραν*, cujus ope lector non modo statum controversiæ melius & perfectius intelligere; verum etiam ipsius materiæ, atque eorum, quæ circa quemque articulum certi & explorati juris sunt, cognitionem aliquam

Hh

adipisci

EPISTOLA DEDICATORIA.

adipisci queat : ratus inde potissimum quæstionis cujusque decisionem petendam esse , unde , hoc est , ex quorum ignorance omnis fere ab initio nata est ambiguitas. Nolui denique toties , & tantum non perpetuo repetere τὸ *obstat & respondeo* : sed jugi , & quoad fieri potuit , sermone non interrupto conatus sum simul & lectorem oblectare , & rem omnem ac difficultatem expeditare. Perit orationis suavitas crebra repetitione τὴν δ' ἀπαμειβόμενον , atque id lectoribus , præsertim literatis , etiam fastidium parit. Hunc ego librum ad te , Sicxi carissime , mitto ; rogoque ut eum tanquam testem & pignus amoris erga te mei accipias , atque apud te esse sinas. Adjunximus huic comites Orationes duas filii nostri Simonis Vinnii B. M. quarum alteram ille habuit , cum publice Doctor Juris renunciaretur ; alteram pridie ejus dici , quo interpretationem Regularum Juris ex auctoritate publica in hac nostra Academia auspicatus est. Accedunt præterea & ἑνὸς μὲν quædam , nec non in præmaturam & nobis acerbissimam ejus mortem Θνησιώδεις , quæ tibi quasi præcipui titulo deberi existimavi. Tu enim tam libere , tam conjuncte & amanter cum eo vixisti , ut non nisi morte dirimi tanta animorum & studiorum conjunctio potuerit. Ita est , multis ille quidem & bonis omnibus flebilis occidit : tuum vero animum , sat scio , tam cari capitis repentina atque inopinata mors haud secus afflixit , ac si fratrem germanum amisisses. In quo expertus es , quantam vim habeat mutui amoris vinculum , quod sincera nexuit amicitia. Sed faceessant jam ista. Quod ad me attinet , cogito nihil mihi accidisse novi , nihil quod non aliis quoque contigit , & contingit cottidie : sic Deo visum vitæ mortisque domino. Hæc sunt mei mœroris solatia. Denique non ignarus mali jam a multis retro annis moderatius ferre didici eos casus , qui humana prudentia vitari non possunt. Alias etiam finem dolendi qui consilio non fecerunt , tempore inveniunt. Tibi , quod superest , gratulor , quod tandem convalueris ex gravi illo morbo , cum quo trimestri spatio amplius conflictatus es. Nunc pristinae valetudini Dei benignitate restitutus da operam , ut eam sartam tectam conserves. Utere adhuc , saltem ad tempus aliquod , certa vietus ratione ex præscripto & consilio Medicorum , & recte atque ordine feceris. Fortassis & nostra hæc & illa Filii mei suam hic conferent symbolam. Bene vale , dulcissime Sicxi , & me tui amantissimum redama. Lugduni Batavorum 1x. Kalend. Septembris clō Io CLIII.

SYL.

SYLLABUS CAPITUM

LIBRI I.

CAP. I.

A N sine exceptione quidquid contra legem fit, sit ipso jure nullum? Pag. 1	1
II. Leges interpretari sitne solius Principis, an vero & quo casu etiam privatorum?	3
III. Utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere pratoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda?	6
IV. An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum, & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?	9
V. In jus vocatio an sit pars judicii proprie dicti?	13
VI. An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri profit aut noceat?	15
VII. Si unius debiti plura sunt chirographa apud creditorem, an unius redemptione censeatur obligatio remissa?	17
VIII. An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?	19
IX. An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris defendi possit?	22
X. An recte interpretes statuunt, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, rescindens & rescissorium?	24
XI. Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale: & an fidejussoribus quoque profit?	27
XII. An dolus dans causam contractui bonae fidei eum reddat ipso jure nullum?	30
XIII. An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?	34
XIV. An si institutus beneficio aetatis contra aditionem hereditatis institutus sit, convalescat substitutio?	36
XV. An auth. Sacramenta puberum. C. si adv. vend. Pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?	38
XVI. Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem judicium habentium?	40
XVII. An litis contestatio aliter quam negative ex parte rei fieri possit?	41
XVIII. An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sitae sit forum competens, an vero & locus domicilii rei?	43
Hh 2	XIX.

SYLLABUS CAPITULI M.

XIX. <i>An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?</i>	45
XX. <i>An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?</i>	48
XXI. <i>An liberi iuste exheredati connumerentur in computatione legitima, seu an ceteris partem faciant?</i>	50
XXII. <i>Legitima sitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?</i>	53
XXIII. <i>Petitio hereditatis an detur contra possidentem titulo singulari?</i>	55
XXIV. <i>An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?</i>	57
XXV. <i>An bona fidei possessor fructus omnes, tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?</i>	61
XXVI. <i>An bona fidei possessor fructus omnes, quos percepit, domino rem suam vindicanti restituere teneatur?</i>	65
XXVII. <i>An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?</i>	68
XXVIII. <i>Ususfructus sitne dividuus, an individuus?</i>	70
XXIX. <i>An testator possit fructuario remittere cautionis fructuaria partem, quae est de re finito usufructu restituenda?</i>	73
XXX. <i>An in argumento de servitutibus praediorum sola aedificia ad usum urbanum comparata urbanorum praediorum numero habenda?</i>	75
XXXI. <i>An in praescriptione servitutum semper opus sit titulo?</i>	77
XXXII. <i>An quae servitutes praediorum pignori dari possint?</i>	80
XXXIII. <i>An is, in cujus aedibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis inde allatum; & an inquilinus ex locato locatori?</i>	82
XXXIV. <i>An actiones finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo 30. annorum praescriptione tollantur? & an longi temporis praescriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonae fidei possessori?</i>	85
XXXV. <i>Quomodo inter fratres instituto familiae erciscundae iudicio dividenda hereditas?</i>	87
XXXVI. <i>An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?</i>	90
XXXVII. <i>An actio negotiorum gestorum electivae concurret cum actione communi dividundo aut familiae erciscundae?</i>	93
XXXVIII. <i>An in iudicio familiae erciscundae condemnatio & absolutio facienda in personis omnium?</i>	95
XXXIX. <i>Ad quodnam tempus referenda sit rei debita aestimatio, si ea creverit, aut decreverit?</i>	97
XL. <i>An</i>	

SYLLABUS CAPITUM.

- XL. *An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?* 101
- XLI. *An debitor exceptionem pecunie non numerata post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens?* 104
- XLII. *An iusjurandum iudiciale recusari possit delatum ab actore, qui nihil probavit?* 108
- XLIII. *An iusjurandum necessarium sive suppletorium iudex deferre ex officio teneatur? & an remitti, vel referri, aut recusari possit?* 112
- XLIV. *Quando & quibus in causis a iudice deferri possit aut debeat iusjurandum necessarium seu suppletorium?* 114
- XLV. *An iudex possit ab initio modum statuere iurijurando in litem: & an ex causa possit id non sequi, vel a principio non deferre?* 117
- XLVI. *An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, praescriptis verbis, & conditio ob causam dati?* 120
- XLVII. *An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?* 122
- XLVIII. *An mulier ex quavis causa etiam extra iudicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?* 126
- XLIX. *An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?* 128
- L. *An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?* 132
- LI. *An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?* 134
- LII. *An praeter dolum etiam culpam & quam culpam praestet procurator seu mandatarius?* 136
- LIII. *An pactum de inaequalibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi aequalis est operæ & pecuniae collatio?* 138
- LIV. *An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?* 139
- LV. *An in emptorem hereditatis transeat jus accrescendi?* 141
- LVI. *An beneficium l. 2. C. de resc. vend. competat venditori non ignorantibus valorem rei venditæ.* 144
- LVII. *An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. in transactione?* 146

SYLLABUS CAPITUM

LIBRI II.

CAP. I.

- S***I conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?* 149
- II.** *An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteuta sin inconsulto domino?* 152
- III.** *An dominus fundi emphyteutici post elapsum tempus canonem recipiens, videatur renuntiasse caducitati?* 154
- IV.** *An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?* 157
- V.** *An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. advocatis, extinguatur?* 159
- VI.** *An juri offerendi debiti luendique pignoris praescribatur longissimo tempore, seu 30. aut 40. annis?* 162
- VII.** *An divitiensis sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis tacita?* 165
- VIII.** *An & quando evictioni sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?* 168
- IX.** *An & quomodo faenus differat ab usura?* 170
- X.** *An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori?* 172
- XI.** *An sola quaestiones facti sint objectum probationis?* 175
- XII.** *An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?* 177
- XIII.** *An quo jure licitum sit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?* 179
- XIV.** *An quaevis filia a quibusvis parentibus dotanda: & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiae locupleti?* 185
- XV.** *An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?* 186
- XVI.** *An cum testator prohibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?* 187
- XVII.** *Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas intestati?* 192
- XVIII.** *An verbis nuncupata parentum dispositio inter liberos ex privilegio valeat?* 196
- XIX.** *An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim*

SYLLABUS CAPITUM.

vim habeat extra locum, ubi major requiritur ordinationis sollemnitas. 198

XX. *An liberis suis heredibus prateritis a patre, totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novell. 115. 6. 3.* 200

XXI. *Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115 nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?* 203

XXII. *An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu a testatore prohiberi queat?* 206

XXIII. *Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo heredi a patre facta extitisse intelligatur, ut substituto fiat locus. Et an jus suitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?* 210

XXIV. *An quemadmodum sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris; ita ex converso sub expressa pulliari etiam contineatur vulgaris?* 213

XXV. *An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?* 216

XXVI. *Rei alienae legatum quando valeat? & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?* 219

XXVII. *An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falsa demonstratio vitiet legatum?* 222

XXVIII. *An heres ob omissam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? & an ex eadem causa amittat legitimam?* 225

XXIX. *Filius hereditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic usu receptum.* 229

XXX. *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stripes, an in capita succedant?* 233

XXXI. *An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum discretio bonorum observanda? & obiter an observanda in successione adscendentium?* 237

XXXII. *An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos suscepit?* 239

XXXIII. *An per querelam inofficiosa donationis revocetur tota donatio?* 243

XXXIV. *An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?* 246

XXXV. *An dissensio in causis dandi & accipiendi impediatur dominii translationem?* 248

XXXVI.

SYLLABUS CAPITUM.

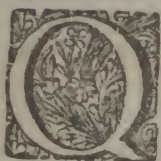
XXXVI. Possunt dari plena possessionis definitio, qua species omnes comple- tatur : & quanam sint istae species?	251
XXXVII. An in eo, quod interest, aestimando etiam lucri ratio habea- tur?	255
XXXVIII. Num in taxatione ejus, quod interest, id omne, quod actor consequi potuit nec consecutus est, aestimetur?	218
XXXIX. An interdictum seu judicium possessorium recte cumuletur cum peti- torio seu rei vindicatione?	260
XL. Exceptio divisionis quando proponenda?	264
XLI. An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneant, & quomodo?	268
XLII. An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?	271



ARNOL.

ARNOLDI VINNII JC.
 SELECTARUM
 JURIS
 QUÆSTIONUM
 LIBER I.
 CAPUT I.

An sine exceptione, quicquid contra legem fit, sit ipso jure nullum?



QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipso jure nullum esse, jubent Impp. in *l. non dubium. §. C. de legib.* Igitur verbi causa, si filiusfam. sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur. *§. si adversus. 12. Inst. de nupt.* Si in testamento faciendo ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit jure testamentum, *l. 1. ff. de injust. rupt. test. l. si unus. 12. C. de testam.* Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, id est, neque heredem instituerit, neque ut oportet, exheredaverit, testamentum prorsus inutile est & nullius momenti. *Inst. de exher. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & posth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine decreto alienaverint cassa est atque ipso jure nulla alienatio. *tit. C. de præd. min. fin. dec. non alien.* Sed & si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & sententiam, etiam si lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum & nullum. *d. l. non dubium. pr. C. de legib. l. hoc modo. 64. §. 1. ff. de cond. & dem. ubi & exemplum.* Aliud exemplum habemus in *l. si sponsus. §. 5. §. circa. §. ff. de donat. int. vir. & l. ux. si quis. 38. ff. de contr. empt.* nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra & inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeo ut nec opus hic sit aliqua vel exceptione, vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solum legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quicquid tali actui accesserit, sive pactum, sive stipulatio, sive jusjurandum. *d. l. non dubium. in fin.* nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est. *c. cum contingat. ext. de jurejur. & C. quamvis. de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantum ipsum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utrique tamen non derogant in totum dispositioni. *d. l. non dubium.* Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia

jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut servari non potest sine dispendio æternæ salutis, juri antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *auth. sacramenta puberum. C. si. advers. vendit.* ac probabile omnino est Imp. Fredericum in d. *authent. secutum* auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat, idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod a Pontificibus acceperant; ut recte meo judicio sentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio subjectam putant: sed hæc non sunt hujus disquisitionis.

Quæritur autem an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem sit, sive contra quam lege cautum est. Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat poenam, recte colligimus & statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla: tunc enim hæc esse poenam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, id est, cassum & irritum prorsus, veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, heredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit &c. Sed & si lex ulterius procedat & poenam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo poena adjiciatur annulationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est & præterea poena adjuncta annulationi præstanda est. exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nupt. l. un. C. si quacunque præd. pot. l. pen. C. d. interd. mair. int. pup. l. cum qui. 18. C. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt. cum similib. quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ non solum cassæ & irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis poenis pro varietate delicti afficiuntur. At enimvero cum lex aliquid fieri vetat, & poenam si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiat, cæterum remedium suppeditet, quo id postea rescindatur aut alias infirmetur, poenave aliqua facienti irrogetur, quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea poena, quam lex constituit. Exemplo sint *Senatusconsulta Macedonianum & Vellejanum*; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari, hoc comprehensum est, ne sceminæ pro ullo intercedant: & tamen si aut filiofam. mutua pecunia data sit, aut scemina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro *Senatusconsulto* plane annullatur, sed aut actio contra filiofam. mulieremve denegatur, si constet contra *Senatusconsulta* factum esse, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio. *ut. ff. & C. de Senatusc. Maced. & ad Senatusc. Vellejan. junct. l. nam posteaquam. 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si hæredes non instituantur, exheredari jubet, & tamen si neque heredes instituti, neque exheredari fuerint, non ideo testamentum patris jure prætorio nullum est, quia prætor patitur subsistere, & tantum remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni. *§. emancipatos. 3. Inst. de exher. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubet, contra legem facit. *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipso jure*

jure nullum est: imo nec rescinditur, sed infamis fit mulier, & alias quoque penas patitur. *l. 1. C. de secund. nupt.* Atque hinc pendet decisio nobilissima quæstionis de exheredatione liberorum facta aut sine justa causa, aut nulla ingratitudinis causa expressa, utrum ob id testamentum patris sit ipso jure nullum ex constitutione Justiniani Nov. 115. c. 3. an hoc non obstante testamentum nihilominus ipso jure subsistat, atque ad id rescindendum etiamnum querela inofficiosi sit opus? De quo agemus ex professo *lib. 2. quæst. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse, nisi & in totum contra legem factum sit; alias non nisi quatenus in legem peccatum: verbi gratia, si quis majores, quam licet, usuras stipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit stipulatio, sed duntaxat quatenus legitimum modum excedit. *l. placuit, 29. ff. de usur.* Non in totum irrita est donatio, quæ summam lege definitam excedens actis intinuat non est, sed tantummodo eatenus, quatenus superat definitionem legis. *l. sancimus, 34. C. de donat.* Sic remissione cautionis fructuariæ facta a testatore non vitiatur legatum ipsum ususfructus, ut perperam existimavit Hunnius 2. *Resol. tr. 2. q. 26.* sed remissio pro non scripta habetur: quoniam non in legando ususfructu, sed tantum in remittenda cautione contra legem fecit testator. *l. 6. ff. in poss. leg. l. 1. C. de usufruct.*

CAP. II.

Leges interpretari sit ne solius Principis, an vero & quo casu etiam privatorum?

SICUT solius Principis est leges condere, ita & ejus solius est leges interpretari; quæ sententia multis locis expressa est. *l. 1. l. leges, 9. l. ult. C. de legib.* & ab ea initium sumit Novella Justiniani *de mul. rapt. pass. 143.* Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ultim. C. de legib.* legum ægnumata solvere & omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Nulline igitur leges interpretandi jus est solo Principe excepto? Nulli sane tale, quale Princeps habet, ut scilicet interpretatione sua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis a mente legislatoris recedat, quoniam id non est servare legem interpretando, sed mutare, quod nemini licet, nisi Principi. Et hoc est, quod Constantinus rescribit *l. 1. C. eod. inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere.* Et Valentinianus *l. 9. C. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *lib. 1. tit. 1. §. 33. εἰς τὸν περὶ τὸ νόμιμον βέλεῖ, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνῳ δὲ βασιλεὺς ἢ πρὸς τὸν νόμον ἢ πρὸς τὸ δίκαιον ζήτησιν.* id est, cum aliud jus ipsum, aliud æquitas postulat, controversiam hanc solus Princeps dirimit. Ac proinde si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura & aspera videatur: nam credendum est, legislatorem certa ratione ductum, ita constituisse, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non possimus. *l. non omnium, 20. ff. de legib. l. 9. ff. de religiof.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando sequamur, quamvis forte, id quod sequimur, altero, quod non sequimur, non sit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum est, neque de legibus, quarum certa est sententia, disputari oportet; cum alioqui multa eaque certissima possent subverti *l. & ideo, 21. ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, si in rationem

tionem earum nimis anxie inquirere liceret, ut disputat Plato *lib. 1. de legib.* Unde Augustinus *lib. d. vera relig. c. 32.* In istis, inquit, temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent, cum eas instituunt; tamen cum fuerint institutæ & firmatæ, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas. *cap. 3. dist. 4.* Exemplum habemus in *l. prospexit. 12. ff. qui & a quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis caveretur ne servi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra ministerium ejus fuerunt, vel in provincia, manumittantur, & sic quæstioni subducantur. Hoc licet nobis, quos sæpe ratio legis latet *l. non omnium. 20. ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat salva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius. 18. ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex disponit, debeat judex ipsa lege esse clementior. *Nov. 82. c. 10.* Princeps hic consulendus erit & nobis cum Ulpiano respondendum, hoc perquam durum est, sed lex ita scripta est: neque enim ubi aperta sunt, atque inter se conveniunt verba legis & sententia, voluntatis quæstio admittenda est, sed legi parendum, & voluntas condentis nobis pro lege esse debet, *dd. ll.* Nepos post mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur, ut suus heres; neque jure prætorio ad bonorum possessionem tanquam cognatus. *l. 6. cum. 2. seqq. ff. de sum. & legit. l. 6. pr. ff. de injust. rupt. test. l. 1. §. 8. ff. unde cogn. §. & licet. 8. Inst. de her. quæ ab int.* Fatendum quidem est durum esse & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi a successione avi, a quo utique non minus descendit, & cujus sanguis non minus est, quam qui vivo eo nati aut concepti sunt: sed tamen judicis partes hic quiescere debent: quippe cui quidem licet a verbis legis recedere, sed ita, ut ab ejus voluntate semper stet. *d. l. 18. ff. de legib. & secundum eam sententiam ferat. Inst. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla est ipso jure & ἀνομιον sententia, quæ expressim contra juris rigorem lata est. *l. si expressim. 19. ff. de appell.* An autem, ut quidam putant, a Justiniano hujus juris sive subtilitas sive asperitas sublata sit *Nov. 118. c. 1.* ad voluntatis quæstionem pertinet, de quo postea. Si quis in rem alienam impensas fecerit, earum servandarum causa unum tantum remedium jure nostro civili proditum est, scilicet retentio rei opposita doli mali exceptione, si res a domino vindicetur, *l. fin. autem. 27. §. ult. l. sumptus. 48. ff. de rei vind. l. si quis. 11. l. si in area. 16. C. eod. tit.* Quod si omissa hac exceptione possessor rem restituerit, constanter traditum est, nullam ei impensarum nomine actionem competere. *l. si in area. 33. ff. d. cond. indeb. l. Paulus. 14. ff. de except. doli mal. l. 14. §. 1. ff. comm. div.* Hoc autem licet duriusculum videatur in persona bonæ fidei possessoris, non ideo tamen licebit judici contra manifestam juris sententiam aliud remedium excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, atque ita æquitatis specie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hic partes erunt non judicis: quanquam nonnulli existimant, non esse alienum a ratione juris nostri, ut non possidenti pro consequendis impensis detur actio utilis negotiorum gestorum, sed argumentis parum validis: quæ nunc non excutio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum causa & totius juris prætorii occasio, quod scilicet ejusmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio a iudicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifestam rationem juris civilis a prætore introducta sunt, in quibus antea nihil sibi sumere quisquam privatus vel judex vel jurisconsultus potuit? Sed & in quæstione voluntatis interdum Principis desideratur interpretatio, si videlicet verba legis adeo sint obscura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, seu an lex ad hypothesein pertineat, nec ne? Nam & hic

hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, si opus est, voluntatem suam declarat. *l. 9. & l. ult. C. de legib. l. & ideo. 11. ff. eod. l. 1. in fin. cum l. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex Nov. 116. c. 1. ubi Justinianus descendentes seu liberos omnes ante omnes alios vocat ad successionem parentum intestato mortuorum sine ulla gradus prærogativa, id est, si primi sint, si inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos post mortem avi conceptus a successionem ejus tam honoraria quam legitima excluditur, a Justiniano illic sublatum esse. Sed ista collectio valde infirma est: Nam & veteri jure in suis heredibus non servabatur gradus prærogativa. § *cum filius. 6. Inst. de her. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri suo. *l. 1. §. si quis. ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella ista Justiniani, tollentis tantum discrimina sexus & potestatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi possit, quod mutatum non est adhuc vigere debet. At rursus ex diverso illud quoque fatendum est, proposito Justiniani, omnia in hac successionem ad simplicitatem naturæ revocare volentis, admodum consentaneum esse, quod etiam in hoc casu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujusmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, si forte talis casus inciderit, eum non a iudice, sed a Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in potestate judicantis, contra *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municip. & ita Diod. tuld. in comment. ad Cod. de sum & leg. her. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Quod si verba legis non sint usque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo; neque usque adeo obscura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, siue jurisconsultorum aut iudicum, qui verba legis ad sententiam interpretando accommodent. *l. 12. & seq. ff. de legib.* atque huc respicit extrema clausula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem est ejusmodi interpretatio, quarum altera extensiva vulgo nuncupatur, altera restrictiva. Extensivæ usus est, cum sententia legis latior est legis verbis; id est, cum lex minus scripsit, plus voluit: restrictivæ, cum sententia est angustior; id est, cum lex plus scripsit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex sententia extendimus & ad similia producimus: hac, cum verba ex mente legis restringimus. Exempla extensivæ interpretationis peti possunt ex *l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de jurisd. l. oratio. 16. ff. de spons. cum similib.* plane in jure singulari extensivæ interpretationi locus non est: cujusmodi sunt jura minorum, miserabilium personarum, militum, studiosorum, fisci, ecclesiarum, aliaque privilegia personis aut causis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in personis aut causis receptum aut constitutum est, id vetatur producere ad consequentias, neque in eo possumus sequi regulam juris. *l. quod vero. 14. & seq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de const. princ.* Restrictivæ interpretationis exempla suppeditant *l. quod dictum. 32. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad senat. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud. 40. pr. ff. de hered. petit. l. 11. ff. de in jus voc. &c.* sic quod gensralliter cautum est Nov. 115. c. 3. iudex interpretatione sua restringere potest & debet ex *l. sicut. 9. & l. seq. C. de test. milit.* quæ licet sint anteriores, ut videri possint per d.

nov. 115. utpote posteriorem, sublatae, arg. l. ult. ff. de constit. princ. tamen quia sunt speciales, Novella potius ex his explicanda, illa limitanda & restringenda est, juxta regulam juris. l. in toto. 80. ff. de reg. jur. fac. l. non est novum. 26. cum seq. ff. de legib.

Debent autem tam judices, quam jurisconsulti in interpretatione sibi permessa sequi non rigorem juris civilis, non jus summum, quod summa laepe injuria est, sed quod benignius, quod æquius est & melius, exemplo Servii Sulpicii, qui hoc encomio laudatur a Cicerone *Philp.* 9. quod non magis juris consultus, quam justitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiscebantur a legibus & jure civili, semper ad æquitatem facilitatemque referebat: & Caji illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxisse memorat idem Cicerō in *orat. pro Cæcinnâ*, eoque pertinent l. placuit. 8. C. de judic. l. benignius. 18. ff. h. t. l. in omnibus. 90. ff. de reg. jur. Item, præclaræ illæ Celsi sententiæ dicentis, scire leges non hoc esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem. l. scire. 17. ff. de legib. jus esse artem æqui & boni. l. 1. pr. ff. de just. & jur. Ex his credo, jam dignosci poterit, quæ sint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAP. III.

Utrum dare Bonorum possessionem, jubere cavere pratoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda?

DUPLICIS in argumento de Jurisdictione fit imperii mentio, meri & non meri sive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos. l. 3. ff. de jurisd. cui descriptioni si addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coercionis*, ex l. 6. pr. ff. de offic. proc. l. nemo potest. 70. de reg. jur. plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint, sive tollendi e numero civium servitute pœnæ, deportatione, sive relegandi fustigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens, sicut dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis civilibus. l. bona fides. 31. ff. de pos. meram donationem, id est, puram & simplicem. l. Aquilius. 27. ff. de donat. merum vinum, quod aqua non est dilutum & similia. Est autem hoc nomen huic imperio inditum, quia est & aliud imperii genus, quod nostri non merum aut mixtum vocant, propterea quod jurisdictioni cohæret, subservit, inest, consistens in modica coercionem, id est, executione decretorum & pronuntiatorum in causis civilibus; cum merum illud a jurisdictione sit separatum, & circa criminum animadversionem versetur. l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus & c. l. 3. ff. de jurisd. Igitur mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest, nimirum quia conjunctum & unitum est cum jurisdictione, ejusque inseparabile adjunctum: siquidem hæc duo jurisdictio & mixtum imperium, ratione personæ cui competunt, indissolubili vinculo inter se copulata & nexa sunt, ita ut alterum ab altero divelli non possit: nam sicut magistratus esse non potest sine jurisdictione, ita nec sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit. d. l. ult. §. 1. Cæterum etsi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum est

est cum jurisdictione, ut ab ea seungi non possit, nihilominus tamen, ut nominibus distincta sunt, ita & re ipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est imperio, neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis eique perpetuo coharens. *d. l. 1. in fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus &c.* cum quod definitur modica coercitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur & quæ decrevit, exequitur. *d. l. ult. §. 1.* Jam vero quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non jurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione; necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, aperte sibi contradicunt, dum ajunt, imperium esse coercionem, coherentem jurisdictioni ut nervos habeat, illudque positum esse in executione. ut *Coras. 3. misc. 17. Duar. de jurisd. c. 7. Donel. 17. com. 6. Vaud. 2. quæst. 35. Fachin. 2. contr. 95. Scipio Gentil. 1. de jurisd. c. 3.*

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt. Nam, ut de bonorum possessione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coercet, neminem multat. Quod si dicat aliquis, præcedere saltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posuit unquam sententiam dicere, eum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec propriè jurisdictionis est, sed nuda duntaxat notio, id est cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate. *l. 5. l. a dno. 15. ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum ex eo quoque manifeste evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione consistit, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. inst. de bon. poss.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo propriè dicto, sed a jurisdictione prætoris veniunt, unde scilicet omnia edicta proficiuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus testatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inst. d. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit. *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam prætor utitur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obnitentes. *Fac. l. 3. in pr. ff. ne vñ fiat ei qui in poss.*

Sed

Sed huic sententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.* ubi disertè jurisconsultus ait, mixti imperii esse, dare bonorum possessionem. Sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque codice Pisano legitur; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* Non audeam asserere locum istum corruptum esse, nisi me moveret summorum virorum auctoritas, & præcipue manifesti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc *leg. n. 34.* legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omisio. Vel cum Ant. Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro quod substituendum quæ, hoc modo cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit. Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit: & quod caput est, verba sequentia, *jurisdictionem est etiam, &c.* evidenter ostendunt, prius a jureconsulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. obs. 16.* etiam pro his verbis, cui jurisdictio inest, mavult legi, quod jurisdictioni inest, non equidem absque ratione: nam proprie jurisdictionis non inest, non accedit, sublevis imperio, sed hoc illi. *l. 1. in fin. l. ultim. §. 1. ff. de offic. ejus.* cæterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoris stipulatione & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse superioribus consequens est. Etenim cum prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii, haud secus ac si iudex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire. *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum suum prætor manu ministrorum, exequitur. *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de jurisd.* & Paulum *l. ea quæ. 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoris stipulatione, in possessionem mittere, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, quo de hic agimus: alioqui dicere debuissent jurisconsulti, ista non esse jurisdictionis, sed imperii mixti: cum vero dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis, sed hoc significat esse hæc jurisdictionis cujusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperiosæ, quam juridicæ: in qua scilicet majorum magistratuum, hoc est, eorum, qui tribunali præsunt, potestas resplendeat: minores enim magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentiores hujus jurisdictionis sunt, exercere non posse. *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magistratus dicuntur esse sine imperio. *l. nec magistratus. 32. in fin. ff. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum jurisdictione sua habeant. *arg. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus. l. 2. ff. de jurisd.* & utique jurisdictionem suam captis pignoribus tueri possint. *l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub*

tit.

tut. Numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam jurisdictionis sunt, & quæ, ob id magistratus inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum. *d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.* At nec in integrum restituere mixti imperii actus est: sed species splendidioris illius, quam dixi, jurisdictionis. Quæ enim hic coercitio? aut quis dixerit, restitutionem in integrum cohærere, inesse, servire jurisdictioni, ejusque explicandæ causa comparatam esse? Eiusdem generis est & cognitio de suspectis tutoribus. *l. 1. §. suspecti. 11. ad senat. Turpil.* ubi jurisconsultus ait suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, nullumque alium quam præsidem, de hujusmodi quæstione posse pronunciare. An quia hoc mixti est imperii? minime: nam & magistratus municipales mixtum imperium habent, ut Paulo ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quam soli habent magistratus majores, & quam imperii nomine patrum veteres designant. *l. 8. & l. ult. ff. de offic. procons. l. 3. ff. de offic. ejus. & l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium. 7. §. si paciscar. 14. ff. de pact. l. quod jussit. 14. ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic jurisdictioni tribuitur, eoque nomine significatur excellens quædam potestas majorum magistratuum, sed talis tamen, quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii commenti sunt: unum, quod subserviat & cohæreat jurisdictioni, comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui insit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictio: cujus generis esse putant ea, quæ magis imperii, quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, sicut in priore specie jurisdictio, ita in posteriore magis eminet imperium. ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus. Muscorn. de jurisd. n. 143. Boccr. c. 4. n. 18. Obrecht. c. 12. n. 25. Osyv. Hillig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio ea, quæ supra diximus, manifeste ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in aliqua coercitione, comparata ad jurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita post Longovallium *Goveanus & Ant. Faber ubi sup. & ad d. l. 4. in rational. Bachov. ad tit. ff. de jurisdict. c. de mixt. imp.* atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est, *tract. de jurisd. c. 7.*

CAP. IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?

CERTI atque explorati juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo eam habeat suo jure, non alieno beneficio. *l. 5. ff. de jurisd.* id est, modo propriam habeat, non mandatam ab alio: verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subiecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione

Bbb

majore.

maiore. Et hoc est, quod Ulpianus ait *l. 1. ff. de judic. Si se subiciant aliqui jurisdictioni & consentiant, in consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* & huc fac. *l. est receptum. 14. l. si convenerit. 18. ff. de jurisd. l. 2. pr. & §. 1. l. de qua re. 74. §. 1. ff. de judic.* Doctores nostri fere quadruplicem faciunt jurisdictionis prorogandae modum; de persona ad personam; de re ad rem, seu quantitate ad quantitatem; de loco ad locum; de tempore ad tempus. Ex quibus modi duo priores certo jure nituntur. *l. est receptum. 14. & l. seq. l. si convenerit. 18. ff. de jurisd. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de jurisd. l. de qua re 74. §. 1. ff. de judic. l. inter convenientes. 28. ff. ad municipal.* sed de tertio & quarto prorogandi jurisdictionem modo, scilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non sine causa quidam dubitant, an jure nostro recepti sint. Quod attinet ad illum de loco ad locum, quaestio in eo posita, an ita de loco ad locum jurisdictionis prorogari possit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicendi potestas acquiratur ei, cuius jurisdictio sic prorogata est? verbi causa, an iudex Mutinensis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatae sibi jurisdictionis eam Bononiae exercere, queat? Affirmat quidem id *Zal. in l. pen. ff. de just. & jur. n. 25. & D. D. comm. in l. ult. ff. de jurisd.* qui & porro quaerunt, an hic praecise requiratur expressus consensus partium, & an etiam necessarius sit consensus iudicis illius loci, seu expressus seu saltem tacitus? Sed si evincimus talem de loco ad locum jurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris nostri minime consentaneam esse, omnis de ea re disputatio supervacua futura est. Alienam esse a ratione juris Romani primus ostendere tentavit Bartolus in *l. 2. ff. de judic. in pr. n. 7.* Idem post eum fecit & Baldus in *d. l. 2. n. 7.* & post *Salic. in l. 1. C. de jurisd. n. 5.* Nos etiam invictis argumentis id verum esse luculenter demonstrabimus.

Primum illud extra omnem controversiam positum est, magistratus omnes in suo duntaxat territorio juris dicendi potestatem habere, extra locum territorii sui privatos esse, eorumque jure censeri. *l. 3. ff. de off. praesid. l. ult. ff. de jurisd.* At privato seu ei, qui nulli iudicio praest, tribui jurisdictio consensu litigantium non potest. *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. de jurisdict.* Alexander in *d. l. ult.* subtilem agit, dum ait iudicem habere jurisdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicunque locorum sit. Mihi vero valde insubtilis & inepta videtur illa Alexandri jurisdictionis cum habitu comparatio: cum habitus sit qualitas & vis animi longo usu & crebris actionibus parta è subiecto aegre mobilis: jurisdictio autem jus quoddam & potestas in subiectos cives publice tributa certos terminos ac limites suos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque jurisdictio est objectum seu materia, circa quam magistratus versatur & occupatur, sed in suo duntaxat territorio: magistratus adjunctum occupatum jurisdictionis, sed ita limitatae: sic ut Imperator est adjunctum occupatum totius imperii, quatenus scilicet circa imperii administrationem versatur. Atqui, inquires, certum est posse magistratum etiam extra territorium suum exercere actus jurisdictionis voluntariae; possunt enim & manumissiones & adoptiones & emancipationes fieri apud procursulem & praesidem statim atque urbem egressi sunt, antequam ingressi sint provinciam suam. *l. 2. ff. de off. procons. l. apud. 17. ff. de manum. vind.* Respondemus ex eo, quod actus voluntariae jurisdictionis etiam extra territorium jus dicentis expediri possunt, male inferri, posse in volentes & consentientes quoque extra fines suos extendi jurisdictionem

tionem contentiosam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum est, quod jurisdictio voluntaria ubique exerceri potest, sed ex natura ipsius jurisdictiois: quippe quæ exercetur in volentes & consentientes, nec aliter exerceri potest; quod si extra provinciam jus dicentis id fiat, *πρὸς τὴν* & fortuitum est. Utece, si quis forte, filium adoptaverit apud proconsulem nondum ingressum provinciam suam, is non potest dici prorogasse jurisdictioem proconsulis, non magis quam si apud provinciam jam ingressum adoptasset. Contentiosæ autem jurisdictiois eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam jurisdictioem pertinent, extra territorium explicari possunt, imo nulla ex iis, quæ causæ cognitionem & decretum magistratus desiderant, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l. 8. §. vult igitur. 8. ff. de transact. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 3. Inst. de adopt. cum simil.* His accedit & illud, quod ubi semel ex consensu partium jurisdictio prorogata est, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si ea vis esset jurisdictiois prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus esset consensu judicis territorii; utpote qui nec alteri jurisdictioem tribuere, nec eam sibi adimere potest. Non obstat *c. statutum. §. in nullo. de rescript. in 6.* nam illic sermo est de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, constat ubique jus dicere posse, etiam extra civitatem seu diocæsin, in quibus deputatus est, modo expressus partium ad id accedat consensus, quod etiam eodem loco a Bonifacio Octavo diserte requiritur.

Quinimo nec illud absolute admittendum videtur, posse jurisdictioem judicis ita prorogari; ut is quolibet in loco sui ipsius territorii jus dicat. Etenim quæ causæ cognitionem desiderant & decretum magistratus ea pro tribunali tractanda sunt, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi potest & solet *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus spectet, pactis privatorum mutari non potest. *l. neque ex prætorio. 27. ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum est, auctoritatem judicati habeat. *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcunque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum sive de plano expediri non posse. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de off. procons.* Atque hoc ipsum etiam a Mario Salomonio contra Guliel. Cuman. Bart. & Baldum pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jure.* Arresto quoque Curix Parisiensis anni 1539. 2. Septemb. continetur ut & expensarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi solet, fiat, teste Costal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non constringitur uno in loco jus reddere, sed ipsi permittitur pro arbitrio suo locum constituere, ubi jus dicat, *d. l. pen.* id non habet hanc sententiam, posse prætorem ubivis etiam domi suæ aut in itinere quæcunque de causa jus dicere, sed posse prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in basilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicendi gratia eligere, id quod his verbis, ubicunque prætor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum jus dicere constituit, jurisconsultum significare omnino credibile est. Plane quæ citra causæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes, &c. possunt quidem illa alio quoque loco a magistratu aut judice tractari, &

vel domi sella posita vel in itinere. *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fact.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi prætori visum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum est, nullam ex ratione juris nostri esse de loco ad locum jurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis species, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, postrema est, juris nostri conditionibus cognita sit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quasi extra omnem controversiam positum sit, posse jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari. *per l. 2. §. 2. ff. de judic.* Ego vero nec hanc speciem veteribus cognitam aut usurpatum intrepide assero, eosque, qui contra sentiunt, frustra sententiæ suæ firmitatem quærere in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, sed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui nudam duntaxat notionem, non jurisdictionem habet. *l. 5. ff. de re judic.* jussus est litem aliquam sibi commissam dirimere. Hoc tempus cum solo partium favore intelligatur adjectum, etiam earundem expresso consensu prorogari posse rationis est, utique si & ipse judex ad tempus a prætore datus consentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur. *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet judex sine consensu suo a privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem jurisdictionis non aliorum consensus, quam ipsorum litigatorum desideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio, nec denique judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil hic adimitur. *d. l. 2. §. 1. ff. de judic. Vult. 17. l. 1. c. de jurisd. n. 66.* Illud autem longe dissimile est, quod Julianus scribit *l. de quare. 74. §. 1. ff. de judic.* judicem, qui usque ad certam summam judicare jussus est etiam de re majore judicare posse, si inter litigatores conveniat: hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta sunt, pertinet, sed ad secundam prorogandæ jurisdictionis formam, de re scilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notissima, de persona ad personam, certo jure recepta est, ut supra demonstravimus. Neque Juliano illic sermo est de simplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 2. §. 2. & passim ff. de judic.* cui scilicet una aliqua causa committi solebat præscripta formula & reservata danti potestate exequendi. *l. a Divo. 15. ff. de re jud.* sed de judice publice constituto non ad unam aliquam litem, sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possunt, terminandas usque ad certam summam; ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat & magistratus sit. *fac. l. inter convenientes. 28. ff. ad municip.* Illud probandum erat, posse magistratus annui jurisdictionem consensu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit: quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus compareantur. *l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. si solutus. 39. ff. de solut.* neminem tamen credo tam esse infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcumque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus

ullus apud veteres usus fuisse videtur extra speciem *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.* ubi non iurisdic-
dictio annui magistratus, sed nuda notio iudicis ad tempus dati consensu partium &
ipsum quoque iudicis prorogata proponitur. *add. Ant. Fabr. ad. d. l. 2. §. 2. in rational.*
quo etiam loco non sine ratione clausulam illam *d. §. 2. nisi specialiter principali iussione*
prorogatio fuerit inhibita. Triboniano adscribit. Quis enim alius ita loqueretur, *iussio-*
ne prorogationem inhiberi, aut inhibitione juberi? Adde, quod insolens est ad tempus a
Principe iudicem dari, aut ad tempus a magistratu dari notionis inhibere prorogatio-
nem. Sed hæc ἐν παρόδῳ.

CAP. V.

In jus vocatio an sit pars iudicii proprie dicti?

PROCESSUS iudicarii quatuor sunt partes, quarum ordinem & progressum
natura ipsa ostendit, in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Ad-
ditur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, se-
cerni potest; nec semper necessaria est, sed tunc solummodo, quando condemnatus sen-
tentiæ iudicis ultro non paret. Prima igitur ordinis iudicarii pars est in jus vocatio:
nam ab hac parte edicti omnium actionum instituendarum initium profisciscitur, *§. ult.*
Inst. de pæn. tem. litig. hoc est, qui cum aliquo iudicio contendere instituit, is ante
omnia adversarium suum in jus vocare debet, id est, ad eum vocare, qui jus dicturus
sit, juris experiundi gratia, *d. §. ult. junct. l. 1. ff. de in jus voc.* eique actionem edere,
quo is secum interim deliberet, utrum cedere malit, an iudicio contendere; & si
contendendum putet, ut veniat instructus. *l. 1. ff. de edend. auct. offeratur. C. de lit.*
contest. Unde intelligimus hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil
cognosci, nihil statui posse; & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec
rei iudicatæ auctoritatem obtinere. *fac. l. 4. C. de sent. & interloc. & merito;* quoniam
sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem iudicii necessario requiruntur: ne-
que iudex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis
est. *Clem. pastoralis. de re jud. Gail. 1. obs. 48.* Nonnulli & partem iudicii esse conten-
dunt: sed hoc alii & plures negant: quoniam iudicium non ante cceptum dicitur, quam
lis est contestata. *l. amplius. 15. ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. contest. Gail. d. obs. 48.*
Wesemb. par. de jud. n. 6. Dissidium haud difficile compositum. Nam aut vocem iudicii
latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ pro-
cessus iudicarii est pars ultima, aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud
iudices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu iudicii a lite contestata usque ad
sententiam, qui instantia dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie &
vere pars iudicii est, quam litis contestatio, causæ cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud
magistratum in iure fiunt, dicuntur in iudicio fieri, passim *tit. ff. de interrog. in iur. fac.*
l. 2. §. 2. ff. qui satisf. cog. l. 1. §. pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. si quis in jus voc.
posteriore proprie iudicii pars non est, sed tantum principium & præparatio iudicii in-
stituendi, neque enim proprie aut iudex aut iudicium nullum esse intelligitur, antequam
lis sit contestata. *d. l. un. C. de lit. contest.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventio-
nem,

nem, id est, si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus. *l. 7. ff. de judic. c. proposuisti ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem esse, & judicium cœptum intelligi, simulatque reus in jus vocatus est. *per l. ubi acceptum. ff. de judic.* Respondeo etiam si hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus est, porro contestari & causam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non sequitur in jus vocationem partem esse judicii, aut judicium jam esse cœptum, voce judicii stricte sumta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum judicem reum vocare potest. ita cape *d. l. ubi acceptum. 30. l. si n. 34. ff. de judic.* At in specie proposita, quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito. *arg. l. si quis. 112. ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non potest exceptio præventionis, qui non prævenit, sed præventus est. Litis autem pendentiae exceptio competit demum post litem contestatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam ad forum recenter quæsitum trahere exceptionemque opponere litis pendentiae. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant. *l. qui non. 22. ff. de judic. l. cum Papinianus. 14. cum auth. & consequenter. C. de sent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici insinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigiosa. *auth. litigiosa. & ibi D. D. C. de litigios.* Ex quo non male inferri videtur juri Novellarum judicium cœptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porro cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quam realibus per insinuationem citationis res vitio litigiosi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari recte colligi putatur per *c. gratum. de offic. deleg.* Respondeo ne hæc quidem collectio firma est: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignerata emptori vel creditori obster exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum.* aut quod ex sola aditione prætoris effectus prorogationis inducitur. *l. si convenerit. 18. ff. de jurisd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ alias tempore aut morte peritura erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionum dilatoriarum exclusio, &c. Non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquuntur, sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur & cognitioni judicis subjicitur. *l. un. C. de lit. contest.*

CAP.

CAP. VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri profit, aut noceat.

EXPLORATI juris est, neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cuius est in potestate. *l. si tibi. 17. §. pen. l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. l. contra iur. 28. §. 2. l. ult. ff. de pact. in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum possit actionem domini gratis remittere. d. l. 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in l. 12. & l. 14. ff. eod. per l. 12. C. de transact. l. pactum curatoris. 22. C. de pact. Sed nec pactione nostra alteri, cuius iuri subiecti non sumus, aut cuius rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur. *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig. l. 11. ff. de oblig. & act. l. quo tutela. 73. §. ult. de reg. iur.* Hinc est, quod nec pactum fidejussoris profit reo principali. *l. fidejussor. 23. ff. de pact.* quanquam si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, hoc calu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidariam doli. *l. idem in duobus. 25. §. ult. & l. seq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, live in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejussori profit, ipsius quoque debitoris intersit, propter mandati iudicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit, pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit. *l. & heredi. 21. §. ult. junct. l. quod dictum. 32. eod. tit.**

De pacto unius e duobus reis promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri profit aut noceat? Et si quidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque profit, vix ambigitur, propter regulam *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciscentis interest a socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri iudicio societatis reputabitur. Obstat tamen *l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi Julianum respondisse Ulpianus refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obscure significare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in casu illi proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius e reis promittendi sociis alteri non prodest, sed quia non prodest ipso jure. Atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab herede instituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primum quia hic paciscentis nihil interest a correo suo pecuniam non peti: quippe qui, etsi postea conventus a communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus

Ulpiani

Ulpiani in *d. l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proficit. Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi Iustus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum duntaxat, qui pactus est.

Duo tamen huic sententiae obijciuntur. I. responsum Pauli in *l. 25. pr. ff. de pact.* II. rescriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de duob. reis.* In *d. l. 25. pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventionione fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor sit in rem suam, idem Paulus in *l. 23. pr. & l. 24. ff. eod.* respondit? Minime. Nam pactum unius e duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter iudicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *d. l. 23. in fin.* sic unius ex argentariis vel reis promittendi sociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim casu paciscentis pecuniariter interest, ne pecunia ab altero petatur; rei principalis ne a fidejussore propter mandati iudicium: unius e duobus reis vel argentariis sociis, ne a socio, propter iudicium societatis, quo alioqui id paciscenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendi sociis *d. l. 23.* loquitur. Et est verissimum quod Cujacius monet, cum sine *d. l. 23.* immediate conjungi debere *d. l. 25.* utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res ipsa indicat.

Alterum quod huic sententiae obstare plerique putant, est *l. 2. C. de duob. reis.* ubi Impp. rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra demidiam suam solvit, eum posse repetere: quod sic accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe iudicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis. de fin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.* Jam vero hoc posito, unum e duobus reis debendi solventem posse id quod partem suam excedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciscentis, ne a se petatur, interesse ne petatura correo suo, & consequenter id pactum etiam correo profuturum, ne si forte is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem. *§. 1. Inst. de duob. reis. l. 2. l. 3. in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori supersit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur cum uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente sine pacto aut cessione nulla detur adversus confidejssores actio. *l. ut fidejussor. 39. ff. de fidejuss. l. Modestinus. 78. ff. de solut.* danda sit uno e reis principalibus solvente adversus correum. Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest: non actionem mandati, quod nullum intercessit: non actionem negotiorum gestorum, quia non alienum, sed suum negotium solidum, quod debebat, solvendo gessit: non denique actionem communi dividendo aut pro socio, quarum neutra competit citra communionem. *l. 1. l. 2. ff. comm. divid. accurate Ant. Fab. lib. 11. conject. 6. & seq. contra Car. Molienum ad. d. l. Modestinus. de solut.* Quid ergo respondebimus ad *d. l. 2. C. de duob. reis*? Putamus eam commode accipi posse de duobus reis, qui in rem com;

communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expresse in textu pecunia communiter mutuo accepta: ut hoc casu uno solidum solvente, aut actio pro socio, si socii fuerint, aut communi dividendo adversus alterum competat. *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. junct. l. ut sit. 31. ff. pro soc. add. Perez. ad tit. C. de duob. reis. n. 10. & seq. Gomez. 2. var. resol. 12. in fin.* Plane si nominatim persona correi quoque pacto comprehensa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l. 25. §. ult. & l. seq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta si pactus sit se non petiturum? Et hic iterum distinguendum videtur inter socios credendi reos & simplices. Si sint socii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque profit. Nam pro ea saltem parte obstat correo petenti exceptio, quam ille toto soluto socio restituere teneretur judicio societatis. Quam autem partem ipse consequitur, eam non tenetur communicare socio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Utut autem summi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut in proposito saltem pro parte agentis obstat exceptio, pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur restituere socio.

Cæterum *Ant. Fab. 11. conjec. 18. & in rational. ad l. 27. ff. de pact.* rejecta hac distinctione, contendit pactum unius ex reis credendi sociis alteri nocere in totum; utitur argumento *l. si duo. 34. de rec. arbitr. ex quo loco sic ratiocinatur: Si compromissum unius ex correis sociis nocet in totum alteri, ita ut si is, qui compromisit, vetitus sit petere, neque alter petere possit; ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromissum nocet, &c. per d. l. si duo.* Respondeo, falsum est assumptum: idque vel ex eodem loco demonstrari potest. Non enim quaeritur illic, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente illo stipulatio pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur? quod non obscure affirmat jurisconsultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromissum socio, qui non compromisit, non obesse; utut eo quoque petente stipulatio pœnalis committatur, adversus eum scilicet qui compromisit. Quod si correi credendi socii non sint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim suam exerunt extra personas paciscentium. *l. si unus. 27. §. 4. vers. ante omnia. ff. de pact. & eo pertinet ejusdem l. 27. pr. vers. ult.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit. *l. 2. ff. de duob. reis.* aut novandi animo alium reum acceperit. *l. si rem. 31. §. 1. ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit. *l. in duobus 28. ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diserte traditum in *l. jusjurandum. 27. ff. de eod. tit.*

CAP. VII.

Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censatur obligatio remissa?

SI creditor debitori suo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remisisse. *l. 2. §. 1. ff. d. pact. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum.*

Ccc

phum. 59. ff. de legat. 3. Quæ res dubitationem non habet, si creditori duntaxat una cautio expolita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione similiter obligatio tacite remissa censeri debeat, quæsitum est. Assirnant *Bart. Bald. Cast. Jas. in d. l. 2. de pact.* quorum sententiam ex professo tuetur *Bachovius ad. tit. ff. de pact. c. de sec. div. pact. n. 7.* Negant *Duar. Fort. Garf. Paul. Bus. in d. l. 2.* excepto si id actum esse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Movetur *Bartolus*, eumque secuti, hac ratione, quia unum tantum instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. unum. 24. ff. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, *arg. d. l. 2. §. 1. de pact. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* *Bachovius* autem pro defensione sententiæ *Bartoli* etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum sumptum est ex *l. veteribus. 39. ff. de pact.* quo loco cum *Papinianus* dicat, veteribus placuisse, pactionem obsecram vel ambiguam ei nocere, in cuius potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert *Bachovius*, creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum *Bachovii* argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi. *l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *d. l. 2. §. 1. de pact.* nempe redditione chirographi hoc actum tacite intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quam debiti remissio. Postremum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Cæterum hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & merito meo quidem iudicio; quippe qua admittitur magna occasio improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: Nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperiatur fraudibus. Quapropter lubens subscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse a debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi, sed creditori iusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de hñ, que in test. del.*

Superest, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud *Bartoli*, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum: verum igitur est instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ *Aristoteli* in poster. analyt. dicuntur *ἀντιστρέφοντα*, id est, tale, ut pro creditore retorqueri possit in debitorem. Nam ut *Bartolus* sic argumentatur pro debitore, unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri potest, unum est instrumentum: atqui hoc a creditore retentum, igitur non est redditum. Quanquam nec illud simpliciter verum est, quod ait *Bartolus*, unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus aut una obligatio; at plures tamen hic esse cautiones sive plura instrumenta recte

recte dicitur. *l. unum. 24. ff. qui test. fac. l. ult. ff. quæ in test. del. Ad l. veteribus. 39. ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum est, respondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præsertim ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur, & eo quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgo dici solet vel frivolum causam excludere donationis præsumptionem, eo quod nemo facile suum jactare velle aut effundere præsumatur. *l. cum de indebito. 25. pr. ff. de prob. & ibi D D. Cyn. Bald. & D D. in l. 3. C. de non rum. pecun.* Ad secundum Bachovii argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeo indulgendum esse liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit. Donare enim, perdere est. *d. l. 25. de prob. l. 7. pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem *l. 2. §. 1. ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse jurisconsultum credibile est. *arg. l. 3. & ll. seqq. ff. de legib.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantum e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potius præsumendus sit: nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium ajunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Potest & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiose, adversus debitorem velle machinari. Postremum Bachovii argumentum petitum ex *l. 59. de legat. 3.* responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi e duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor id se donare profitetur. Legare autem donare est. *§. 1. Inst. de legat. l. legatum. 36. ff. eod. 2.* Nullum vero dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum sive debitum donatum legatumque intelligatur. *d. l. 59. de legat. 3. l. servum. 44. §. cum qui. 5. eod. 1. l. 3. §. 1. ff. de lib. legat. cum. similib.*

CAP. VIII.

An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *l. sub prætextu. 19. C. de transact.* traditur hæc regula, Sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bona fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi Interpretum nostrorum sententia, & meo judicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem; & habemus in hanc sententiam textum expressum in *l. 6. ff. de transact.* ubi hæc verba Gaji leguntur; *De his controversiis, quæ ex testamento proficiuntur, neque tran-*

figi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. cui geminus alter locus ejusdem Gaji in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *l. 1. ff. de transact.* & Æmilii Ferretus putant hanc sententiam falsam esse, & natam ex communi errore. Moventur hisce fere rationibus: Primum, quia nulla sufficiens ratio dari potest, cur transactio, quæ inter transigentes non minorem vim habet, quam res judicata. *l. non minorem. 20. C. de transact.* facta super controversiis ex testamento ortis sub prætextu testamenti postea reperti rescindi debeat contra definitionem generalem *l. sub prætextu. 19. C. d. tit.* & similes textus *l. 10. l. 16. l. nec intentio. 23. C. eod. l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio visum, dum suo indulgent ingenio: nam satis sufficiens vulgo redditur, eoque duplex hujus juris singularis ratio; una, ne qui testamenta supprimunt aut consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum. per *l. 8. pr. ff. de transact.* Altera, quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publice expedire creditur. *l. 5. ff. test. quemad. aper. Bart. & D D. in d. l. 6. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.* Quæ profecto ratio minime inepta est, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ut ne super alimentis testamento relictis transigi possit sine prætoris. *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

Deinde putat Cujacius *d. l. 6. ff. de transact.* aut peregrinam esse, aut a proposito alienam. Quippe apud Gajum in *d. l. 1. §. 1. test. quemad. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius responsi in titulum de transactionibus conjecit, nempe illam ipsam *l. 6.* cujus tamen sententia falsa sit, si verbum istud referas ad conventa seu composita. Ego vero hic desidero judicium Cujacii, & verba hæc, *neque sine judice transigi.* quæ sunt Gaji in *d. l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* non ad judicata aut sententias judicum, sed ad conventiones referenda esse contendo: idque vel ex eo solo evincitur, quod alioqui verba illa in absurdam & stultam abeunt sententiam. Quis enim ita loqueretur, *sine judice judicari non potest?* aut quis unquam de eo dubitavit? Gaji sententia minime obscura est, neque partes transigere posse de iis, quæ testamento relicta sunt, sine judice, apud quem scilicet tabulæ aperiri solent, neque aliter judicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti: non quod ipsa transactio auctoritatem desideret judicis, sed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit. *d. l. 1. pr. l. 4. l. 5. quemad. test. aper. l. testamenta. 18. C. de testam. Wesemb. parat. d. tit. Costal. in l. 6. ff. de transact. Borcholt. c. 3. de transact. n. 14.* qui & merito notant Accursium, Bart. Bald. quod plus hic tribuant sententiæ judicis, quam privatorum transactioni, quasi judici liceret etiam sine inspectione tabularum sententiam ferre, privatis non liceret transigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius solet, verba Gaji sic reddiderunt, *ὅτι τῶν ἐκ Διαθήκης ἰδιονεικίαν ἔχόντων ἔτε Διαλύεσθαι δυνατόν, ἔτε τὶ ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῇ τῇ Διαθήκης ῥημάτων.* Porro tria adhuc communi sententiæ objiciuntur. Primum responsum Scævola in *l. Lucius.*

cuius. 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell. ubi casus proponitur, quo post transactionem interpositam reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenierit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Respondeo in casu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino esse & præsupponendum, omnia legitime fuisse acta, testamentum inspectum fuisse atque ex verbis testamenti satis constituisse de fideicommissio: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum, puta codicillos, quibus fideicommissario plus quam testamento relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent, reperta. Nam codicillis postea repertis & prolatis non obstante transactione integra maneret fideicommissi petitio. l. 3. §. 1. ff. de transact. cum iniquum sit pactione perimi id, de quo cogitatum non est. l. qui cum. 9. in fin. ff. eod. tit.

Objicitur secundo l. non est ferendus. 12. ff. eod. Respondeo, satis apparet ex verbis huius loci, factam fuisse transigenti in specie illic proposita testamenti inspiciendi copiam atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ negligentiae imputare debet. Plane est Jurisconsulti sententia, nempe non esse audiendum eum, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit.

Postremo ex Joanne objicit Accursius, quod transactio sit rei dubiæ & incertæ, at post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam, sed certam. At quam jejuna hæc objectio! quasi vero adhuc quæri non possit de mente & sententia testatoris de viribus testamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eo minus ratam esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur transigentes gnaros fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc cum interponeretur transactio, forte lectum non sit. Bart. in d. l. 6. Ant. Fab. Cod. suo for. h. tit. defin. 1. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum Gajus citatis locis l. 6. ff. de transact. & l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper. nominatim & tantum loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacisci, litemque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. in d. l. 6. putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de huiusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepro aliquo transigere. Contra vero Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Castr. & Jaf. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro subscribimus. Accursius, eumque secuti argumentum ducunt a paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem sc. hic esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est: quippe qui transigit, decipi potest, accepto forte minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat: & potest unusquisque jus sibi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres. 35. ff. de pact. quibus locis pactum & transactio æquiparantur & pari passu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est? In casibus dd. locis propositis eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Logici non conti-

nuo quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactiōem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis aperte agitur de pacto decidendi causa interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Afferitur postremo pro eadem sententia, quod apud Paulum *lib. 1. sent. tit. 1.* legitur, *de his rebus pacisci nos posse, de quibus transigere licet.* Respondeo, ex eo nequaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet: verbi gratia, de re iudicata, aut iurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem cum textus illi supra sæpe citati *l. 6. ff. de transact. l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* transactionem duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, nolime eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAP. IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

QUÆRI solet an mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permixta est, possit rem quamcunque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera huiusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio a domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt procuratorem cum libera (sic loquantur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxie. Verum mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimationis sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quam heres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex affe.* Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cuiusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio. *l. 7. ff. de donat. manumissio. l. 13. ff. de manumiss. rei dominicæ pro alio obligatio. l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl. non poss.* liberatio pignoris aut hypothecæ. *l. 7. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv.* item, quævis alia juris dominici remissio. *l. mandato. 60. ff. de procur. l. præses. 12. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis. *l. procurator totorum. 63. ff. de procur. junct. l. 12. & l. ult. ff. de cur. furios. l. procuratorem. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. ff. de off. proc. Cæs.* Hinc est, quod ei, cui, licet simpliciter, rerum omnium gerendarum provincia man-

mandata est, rem domini in iudicium deducit. *l. 12. ff. de pact.* quod iis tantum licet, qui domini loco habentur. *l. tutor. 22. & 27. ff. de administr. tut.* potest exigere & accipere. *l. 11. ff. de pact. l. qui hominem. 34. §. 3. ff. de solut. creditoribus solvere. l. quodlibet. 87. ff. de solut. l. 59. ff. de procur. novare. d. l. 22. ff. de adm. tut. l. novare. 20. §. 1. ff. de novat. transigere, iusjurandum deferre. d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. ff. de pact. l. iusjurandum. 17. §. ult. ff. de iurejur. modo id faciat in causa domini, plane dubia atque incerta & delectu probationum. arg. *l. tutor. 35. pr. ff. de iurejur.* neque enim hoc sic accipi debet, ut transigere aut iusjurandum deferre possit, etiamsi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat ostendere. *l. mandato. 60. ff. de proc. d. l. præses. C. de transact.* Potest & rem domini pignori dare, utique si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuam pecuniam accipere. *l. 12. ff. de pign. act.* Potest denique & vendere, quæ servando servari non possunt. *l. procurator. 63. ff. de procur. & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare. arg. d. l. 12. & l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei, cui libera administratio permessa est? Non puto, utut enim liberrima, administratio tamen est, nihil amplius.*

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest aliud pro alio permutare. *l. procurator. 58. ff. de procur.* Fateor inquam: sed hoc verum est & in eo, cui simpliciter bonorum omnium administratio commissa: in utroque autem hoc sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagiter. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Gajum *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom.* & apud Justinianum *§. nihil autem. 42. Inst. de rer. divis.* relatum est, eum, cui libera universorum negotiorum administratio permessa est, rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ alioqui aut non concessa, aut non tam plene concessa intelliguntur. Cujusmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolum in *l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mand.* Instant porro hoc modo, si filiusfam. & servus, liberam peculii administrationem habentes, res peculiares distrahere & alienare possunt, sine speciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini administratio concessa est, poterit eas res sine speciali domini mandato similiter alienare. At verum est antecedens. *l. si convenerit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pign. act. l. si quis. 41. §. 1. ff. de rei vind. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. 8. §. 5. ff. quib. mod. pign. solv. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. poi.* ratio autem connexi per se satis videtur manifesta. De connexionemox videbimus. Concedimus interim antecedens: sed hoc dicimus, nihil interesse utrum servo aut filio peculii administratio permessa sit, adjecto, an omisso verbo *libera*: nam & liberam permissam intelligi cum simpliciter permessa est: nec uno casu plus juris contineri servove aut filiofam. tribui, quam altero; Hujus rei certissimum argumentum est, quod eadem omnia, quæ superioribus locis conceduntur, liberam peculii administrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus simpliciter peculii administratio commissa. *l. 13. in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen. §. 3. ff. de divers. & temp. præscr. l. 48. §. 1. ff. de pecul. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum est, aut procuratores omnium bonorum, sive simpliciter sive cum libera constitutos, similiter posse res domini quaslibet alienare & distrahere, ut servi aut filii, qui
ex

ex permisso domini aut patris peculii administrationem habent, distrahere & alienare possunt res peculiares: aut falsam esse propositionis in superiore syllogismo connexionem: eo quod plus in hoc casu liceat servis & filiisfam. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipsi quidem interpretes admittunt, nisi in procuratore constituto cum libera: alterum ergo dicamus necesse est, argumentationem a servis & filiis peculii administrationem habentibus non procedere ad bonorum nostrorum procuratores. Nec ratio diversi juris adeo obscura est: idcirco enim servis & filiisfam. peculii libera administratione concessa, rerum quoque peculiarium distrahendarum facultas concessa intelligitur, quia peculium est quasi proprium quoddam patrimonium ipsius servi filiiue familias a substantia & rationibus domini patrisve separatam atque abstractum: *l. 5. §. 3. & §. 4. l. peculium. 39. ff. de pecul.* quod in procuratore diversum esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur. *§. 4. in fin. Inst. de inut. stipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* Plane non magis servi aut filiisfam. quantumvis liberam peculii administrationem habentes, injussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores. *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. oblig. l. 7. pr. ff. de donat. cum similib.* Hæc eadem & Duareni ad *l. 1. §. per procuratorem. 20. ff. de acq. poss.* Donelli *lib. 4. comm. c. 15.* Vaudi *lib. 1. var. quæst. 47.* sententia est.

CAP. X.

An recte Interpretes statuunt, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire iudicium, rescindens & rescissorium?

RESTITUTIO in integrum est causæ jure amissæ redintegratio. Ita definitur ab Imp. in *l. 2. C. in quib. caus. in integ. nec. non est.* ajunt, causæ amissæ, nam ubi cautela amissa non est, restitutione non est opus. *l. in causæ. 16. pr. ff. de minor. l. 3. C. de in int. rest. min.*

Ajunt, *redintegratio*: quoniam impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti. Omnis enim restitutio est reciproca. *l. quod si minor. 24. §. 4. ff. de minor. l. 1. & l. 2. C. si adv. transact.* Paulus *lib. 1. sent. tit. 7.* definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipsa restitutio in integrum propriæ actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur a magistratu.

Dicitur tamen actio figurate, ut ex contentento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoris actionis verbo contineri dicuntur. *l. actionis. 37. ff. de oblig. & act.* Hæc habeto *ὡς ἐν προϋποθέσει.* Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro iudicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic intercessisse iudicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus ex veteris juris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quid sit iudicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus sive iudicium est, quod per actiones & interdicta, per iudices datos, sine prætoris cognitione civiliter exercetur, ut discere possumus ex *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de privat. del. l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui poss. l. 178. §. 2. ff. de verb. sign. &c.* Suetonius in *Claud. c. 15.* Alium, inquit, interpellatum ab adversariis de propria

pria lite, negantemque cognitionis rem, sed juris ordinarii esse, agere causam confestim apud se coegit. Extraordinarium est, quod præter consuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætor ipso ex officio cognoscente, non judicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum; &c. *tit. de extraord. cogn. l. 7. ff. l. 1. C. mandat.* Item de fideicommissis. *l. 178. §. 2. de verb. sign. de transactione alimentorum. l. 8. §. 18. de transact.* & si quæ sunt causæ similes. Hæ autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso prætore disceptarentur, solebat prætor in edicto pro illo usitato & tralatitio verbo *judicium dabo*, aliud usurpare, videlicet *animadvertam. l. 1. §. 1. ff. de minor. l. 15. §. ait prætor. 25. ff. de injur.* Itaque nec harum causarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ *l. 24. §. ult. ff. de minor. Hotom. lib. 7. obs. 4. Duar. in l. 7. §. 2. de pact. Brisson. lib. 5. & 13. de verb. significat.* Nunc videamus an causas restitutionis in integrum prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservavit, an more judiciorum ordinario atque usitato judicem in his actionemque dederit? Non ipsum prætorem hic judicasse, sed judicium dedisse arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus *l. item si. 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. ff. de cap. min. l. 1. ff. de alien. jud. mut. caus. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. major.* ubi prætor læsis restitutionem pollicetur data actione rescissoria. Hinc jam perspicue apparet, judicia hæc non esse extraordinaria sed ordinaria: eosque perspicue errare, qui aut hæc sola aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoris extraordinaria esse remedia existimant, quos vel solæ refellunt bonorum possessiones; ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de constituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Excipitur sola restitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læsis succurritur, quam prætor suæ jurisdictioni reservavit: & ideo in hac causa non ait se actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & consueto: sed uti quæque res erit, animadvertendum. *l. 1. §. 1. ff. de minorib.* Unde Paulus in *l. quod si minor. 24. §. ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Cæteræ vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Plane si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & fere non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria recte dicantur, nemo inficias ibit. *l. in causæ. 16. pr. ff. de minorib.*

Alter error interpretum est, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem litis contestationem, & sententiam. Cui errori causam dedit edictum ex quibus caus. major. & textus in *l. qui proprio. 46. §. item queritur. ff. de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si eorum ex necessaria aut justa causa absentium res usucapta sit. *l. 1. ff. ex quib. caus. major. §. rursus. 5. Inst. de actionib.* Hoc autem casu ait Justinianus permitti domino reverso rescissa usucapione rem petere. Cui simile, quod ait Paulus in *l. in honorariis. 35. ff. de oblig. & action.* ei, cujus absentis res usucapta est, rescissa usucapione actionem dari. Quæ scilicet est illa actio in rem prætoris, quam nostri passim rescissoriam vocant. *l. nec non. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind. nonnunquam & restitutoriam. l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio. 46. §. 2. ff. de procur.* Cæterum loca ista nequaquam sic intelligenda sunt, quasi duplici ju-

D d d

dicio

dicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedit, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui: sed ideo dicitur rescissa usucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipsa simul usucapionem, rescindit, dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset. *l. 1. §. 1. l. sed & si. 26. §. si feriet. l. nec non. 28. §. pen. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. cod. l. nullo. 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perspicue patet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit. *fac. l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipsum & Ludovicus Gomellius odoratus est in *d. §. rursus ex diverso. Inst. de action.* sed explicare non potuit, aut solide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quo quod gestum est, rescinderetur, sed rescissionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud Justinianum legimus in *§. 3. Inst. de action.* formula actionis rescissoriæ petitorum intendere possessorem usu non cepisse, quod usucepit: quæ utique formula non convenit actioni pristinae per rescissionem restitutæ: neque enim remota iudicio rescindentiusucapione, huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim inquirunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex caus. major.* ajunt actionem rescissoriam, quam utilem ibi vocant, dari restituti in integrum. Respondet, hoc ipsum confirmare, quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ ipsam restitutionem esse positam: atque Interpretes abuti textibus juris, qui rescissa usucapione utilem ajunt reddi actionem. Quippe quo nihil aliud significetur, quam, quod cum prætor causa cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si usucapio rescissa esset: eaque verba respicere effectum formulæ, qua possessorem non usucepisse intenditur.

Sed quid respondemus ad *l. qui proprio. 46. §. 3. ff. de procur.* ubi sic Gajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item queritur, si iudicium acceperat defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc obiectio videtur esse alicujus momenti: nam ex eo loco recte colligi videtur, esse aliquod iudicium restituens sive rescindens, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illic de defensore, qui eandem vicem subire cogitur, quam ipse reus. *l. minor. 51. §. 1. ff. de procur.* Ponamus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est & minorem beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam iudicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se hoc ipso, quod alienæ litis defensionem se obtulit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex iudicium, restituens & restitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manasse ex ignoratione ordinis judicarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis iudicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud iudices datos: cæterum re vera unum tantum erat iudicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur iudicium, sed constituebatur a prætore data actione & iudice, qui de re cognosceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant, in iudicio, sed in jure fieri passim dicuntur. Restrigitur autem

autem vulgo necessitas duplicis judicii rescindentis & rescissorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam læsis subvenitur. *Mynsing. 2. obs. 25. Oldendorp. class. 6. ad. 8.* nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus causa, ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas judicii nimis evidens & conspicua est.

CAP. XI.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale: & an fidejussoribus quoque profuit?

QUIDAM putant restitutionem in integrum jesse beneficium reale, moti hisce fere rationibus. 1. Quia non tantum læsis ipsis, sed etiam heredibus eorum datur. *l. non solum. 6. ff. de in int. restit. l. 3. §. Pomponius. 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor. 2.* Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex facto & voluntate minoris, si minor alicui hoc auxilium cesserit. *l. quod si minor. 24. pr. ff. d. tit. l. alterius. 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. distr.* nempe non ceditur officium judicis, sed jus implorandi officium judicis, quod actionis instar habet. *l. actionis. 37. ff. de obl. & act. vid. Mynsing. 4. obs. 18. & seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem sit, id non tam ex eo, cui, quam adversus quem detur, æstimandum est. *l. actionem. 25. ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti. Nam si omnia, quæ heredibus competunt, essent realia, nullæ fere essent actiones personales: quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tametsi pœnales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniat. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi potest restitutionis auxilium, ergo est beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Fatemur privilegia personalia, seu quæ certis personis tribuuntur, non transire in heredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finiri. *l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* at restitutio in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicti, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instar est actionis ordinariæ: non enim ex mera tribuitur gratia; sed ipsa quoque justitia & æquitate dictante, quam ob causam etiam favorable censetur. *Sfort. Odd. p. 1. quæst. 1. art. 14. & quæst. 50. art. 1. de rest. in integr.* licet suo sensu verum, quod detur contra jus civile. *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti, ut ecce, duo fratres consortes, unus major 25. annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo transegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succuratur, & proderit minori restitutio, cæterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit. *l. un. C. si in comm. ca. in int. rest. postul.* Quod si restitutio minoris, ut interdum fit, socio quoque profuit, id propriam rationem habet; veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutioni locus esse

Ddd 2

potest,

potest, nec minor commodum restitutionis sentire, nisi consorti quoque suo profit. *l. si communem. 10. ff. quemad. serv. amitt.* aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum restituto, emptoris interfit contractum in totum rescindi propter incommoda communionis. *l. tutor. 47. §. 1. ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæstione distinguendum videtur inter causas restitutionum: si quidem actio de dolo, de alienatione iudicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis mere sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio rescissoria ex capite de majoribus fere in rem est: restitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigatur, quod speciale est. *l. in causæ. 13. §. 1. ff. de minor.*

Altera illa quæstio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque profit, in causa minorum præcipue agitur. Nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejussoribus competere certi atque explorati juris est. *l. 7. §. 1. ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium profit etiam minorum fidejussoribus. Non prodesse responsum est. *l. in causæ. 13. pr. ff. de minor. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuss. min. ex adverso prodesse. l. minor. 51. ff. de procur. l. si pupillus. 89. ff. de acq. her. l. 2. §. 1. ff. de administr. tut. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc auxilium. ff. de minor.* Hæc loca in speciem contraria varie conciliantur, & quidem fere trifariam.

Plerisque cum Accursio in *d. l. minor.* placet hæc distinctio, aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnus esse, nisi saltem adversus fidejussorem ei actio detur; aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodesse, sed efficaciter posse cum eo agi. Quia creditor ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii fidejussorem a minore accepit. *d. l. 13. pr. de minor.* nec tamen fidejussorem adversus minorem habere regressum: quoniam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione experiatur, restituitur. *d. l. 13. l. 7. in fin. ff. de except. l. 1. C. de fidejuss. min.* Plane si dolo minoris deceptus fidejussor eum majorem putavit, mandati actio efficax est, quia in delictis minori non succurritur. Quæ sententia est *d. l. 1. C. de fidej. minor.* Posteriore casu, ubi salva est creditori iudicii in alium translatio, etiam subveniri fidejussori, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur. ubi creditori seu aëtori salva manet, contra principalem reum actio.* Item in casu *l. si pupillus. 89. ff. de acq. her.* ubi creditoribus salva est actio contra heredes legitimos si qui alii sint præter minorem restitutum, vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc posteriorem casum quoque pertinere *l. 2. §. 1. ff. de admin. tut. item l. 3. §. 4. vers. sed an hoc. ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem, quia sicut æquum est creditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem suadere, ut fidejussori succurratur, si creditori aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt fidejussores minorum beneficio restitutionis non juvari, quasi sua conventionem hoc auxilium repudiassent videantur per *d. l. 13. pr. ff. de minor. fac. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc. eod.* ubi dicitur interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: underecte colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunt autem casum, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis: veluti si fidejubeat pro minore tanquam defensore alienæ litis, & promittente iudicatum solvi, ut in specie *d. l. minor. 51. ff. de procur. l. 2. §. 1. ff. de adm.*

adm. tut. aut tanquam herede, ut in specie *d. l. si. pupillus. 89. ff. de acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales sunt, intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate. *Donell. 21. comm. c. 14.*

Ant. Faber lib. 8. conject. 3. & ad l. 13. ff. de minor. alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum interesse, utrum fidejussor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, seu quomodo interveniret etiam pro majore, quod in dubio sit præsumendum, etiam si sciverit conditionem minoris, an quasi pro minore & contemplatione juris prætori, id est, ob eam duntaxat causam, ut creditori cautum esset, qui alioqui propter incertum ætatis ac restitutionis cum minore non contraxisset. Priore casu prodesse fidejussori restitutionem a minore impetratam, perinde ac si a majore impetrata esset. Posteriore vero non prodesse. Atque hanc distinctionem etiam Senatui Sabaudicæ placuisse testatur idem *Ant. Faber Cod. suo for. tit. de fidej. min. defin. 1. & tit. qui & adv. quos in int. rest. defin. 2.*

Ex tribus autem hæc distinctionibus expeditissima & tutissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurratur, non convenit speciei *l. si pupillus. 89. ff. de acq. her.* Quid enim si nemo adeat hereditatem, ut quæ suspecta sit, nec omnino idonea? Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut absentiam debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, *Ant. Fabro* concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii intercessisse. Imo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum restitutionis. *d. l. 13. pr. ff. de minor.* contrarium potius præsumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minori conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejussori, qui minori heres extitit, salvum manet restitutionis auxilium *l. Stichum. 95. §. 3. ff. de solut.* in eo fidejussoris eadem cum cæteris heredibus conditio est. *l. 6. ff. de in int. rest. l. 3. §. Pomponius. 9. ff. de minor.* Neque enim fidejussori qua fidejussori, sed qua heredi salvum manet. Item quod placuit fidejussori qui pro minore dolo adversarii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa competit. *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. 2. C. de fidej. min.* hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam. *l. 2. §. 1. & §. 2. ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejussori. *d. l. 7. §. 1. ff. de except. l. & heredi. 21. §. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc solo casu, quod quidam putant, restitutio fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic obijci solet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam accessiones. *l. in omnibus. 43. ff. de solut.* Sed huic objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, senatusconsulti Vellejani &c. Secus autem est, quando manente obligatione tam naturali quam civili, persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. res.*

An dolus dans causam contractui bonæ fidei, eum reddat ipso jure nullum?

QUÆSTIO hæc agitata est inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse; hi negant. Illos sequuntur *Cujac. Costal. Bus. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Myns. Zas. in §. actionum. 28. Inst. de act.* Hos *Coras. 2. miscell. 8. Robert. lib. 3. animadv. 1. 2. & 4.* Nos hic Citramontanorum castra sequemur: in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis. 5.* Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumscripto competere actionem de dolo; Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet. *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut societatem contraheret. *l. in causæ. 16. §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendente. *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus. 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt. l. 2. C. eod.* aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis. *l. sed & si. 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi. 84. §. 5. ff. de legat. 1.* In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus. Hic enim siue causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum; siue inciderit, & in aliqua parte tantum accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur dubitaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum, nec ne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest. *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit. *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cætera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium. *Zas. Duar. Cujac. Donell. in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso jure nullum esse; cum secus se res habeat in strictis judiciis. Et verum esse satis perspicue demonstrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi jurisconsultus diserte ait, nullam esse venditionem, si in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet: & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod jurisconsultus utroque casu actionem de dolo in manumissum dat: siquidem Ulpianus ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumissum dari, qui a domino minore decepto venditus & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam Juliani duobus casibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, sed emptor

emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum a servo commissum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolo venditioni causam præbuit: quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola supersit actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, ex *l. in causæ. 16. §. 1. ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumscripto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *l. 3. §. ult. ff. pro. soc.* quo loco Paulus sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti, quæ eo animo & proposito contracta sit, ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est. *l. 6. §. 3. ff. mandat. l. nec prætermittendum. 57. ff. pro soc. l. generaliter. 26. & seq. ff. de verb. oblig.*

Restat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi sumus in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo; quippe quem ab omnibus contractibus, etiam a stipulatione & mutuo abesse oportet. *l. 4. C. de oblig. & act.* sed quadantenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolo malus: quod Impp. in *l. 5. C. de resc. vend.* significant, cum ajunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiam si de eo nihil cautum sit. *§. in bonæ. 30. Inst. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act.* & hinc est, quod etiam potentius operetur dolo, ad impediendam originem obligationis, in contractu bonæ fidei, quam stricti juris; dolo, inquam contractui causam dans: nam incidens contractum nullum facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contententes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolo iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non supersit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui *l. 11. §. si quis. 5. l. Julianus. 13. §. 4. & 5. item §. si colludente. 27. ff. de act. empt. l. si res æstimata. 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. C. comm. utriusque jud. l. 5. C. de resc. vend.* Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio: quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l. 11. §. si quis virginem. 5. ff. de act. empt.* Nam in casu illic proposito venditor emptorem dolo malo non induxit ad emendum, sed cum emptor animum emendi haberet & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emptorem errare, passus est eum in hoc errore hære: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione ex empto ad emtionem resolvendam. Sic quoque in *d. l. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur casus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus est, ut emeret vel venderet; sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur.

tur. Similiter ex eo, quod in §. *si quis colludente*. 27. d. l. 13. jurisconsultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui. Multoque minus ex d. l. 12. §. 1. ff. de jur. dot. cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione servi. Nec denique ex l. 3. C. comm. utriusque jud. neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed admissio in ipsa divisione, qui dolus est incidens. & sic quoque capiendæ l. 7. §. 1. de pos. l. 49. de O. & A. l. 79. pro soc. l. 43. §. ult. l. 66. §. 1. l. 68. §. 1. de contr. empt. &c. Sane in specie d. l. 5. C. de resc. vend. dolum dedisse causam contractui; verba ipsa satis aperte ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet Cujacius, nihil aliud his verbis, *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari conditione sine causa. Nam proprie ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus est, quoniam dominium per traditionem translatum erat. l. 7. pr. ff. de Dol. mal. l. dolus. 10. C. de resc. vend.

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atqui licet dolus, causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, monendi sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest, propterea quod dolus excludat consensum: cæterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolus excludit &c. At verum antecedens: ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria esse voluntati. l. nihil consensui. 116. de reg. jur. vel quia in vi & metu etiam dolus inest. l. 2. §. doli mali. 8. ff. d. vi bon. rapt. Antecedens non obscure negat Cujacius in l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. & aperte Donellus in l. 1. C. de resc. vend. Verissimum tamen esse argumento sunt verba ipsa edicti prætoris, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*. neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi insulse atque inepte ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre possit. Accedunt expressi textus in l. 3. l. 4. l. 5. C. de his quæ vi metusv. ea. ex quibus manifeste patet, vim & metum non efficere, ut contractus, quamvis sit bonæ fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus: sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dari. Movere non debet, quod scriptum est in l. si mulier. 21. §. 3. ff. quod met. ca. Si dos metu promissa sit, nullam nasci obligationem, nec talem promissionem dotis ullam esse. Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem contra actum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet. fac. l. 9. pr. l. si privatus. 17. ff. qui & a quib. man. & quod notandum est, loquitur d. l. 21. §. 3. de dote stipulanti promissa: vix autem quisquam est, qui dubitet talem promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obstare videtur l. 1. C. de resc. vend. ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed recte respondet Accursius, irritam positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa; quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus

tus causa. *l. 1. ff. quod met. ca. l. 3. & 2. seqq. C. eod. ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irritato habendus.* Non igitur cum Bachovio *de action. disp. 6. th. 17.* negamus rationem connexi, & dicimus, a metu ad dolum non recte inferri. Quod si quis hic urgeat responsum Ulpiani in *d. l. 2. §. doli mali. 8. ff. vi bon. rap.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum inesse. Responsio in promptu est, doli appellationem & generalem esse omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolum est. *l. 7. ff. ad leg. Corn. de sicar. & specialem, qua injuriæ illa species intelligitur, quæ sit occulte & per simulationem, distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrat, quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leonis esse.* Atque in priore significatu dicimus **I**ctum Doli verbum accipere in *d. l. 2. §. 8. vi bon. rap.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, prævum & improbum propositum habere, qui dolum apertus est, id est, manifesta malitia & improbitas reipsa & facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis & occulte fit per simulationem. Sed parum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur, cur eum qui metu coactus verbi causa emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus consensui, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quam dolum. *l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur.* Putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas est, quam in altero: utique enim & coacta voluntas vere voluntas est. *d. l. 21. §. pen. quod met. ca.* sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo & voluntate enixa, ac serua. *Aristot. 3. Eth. 1.* Sane quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrinsecus impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic considerandæ voluntates; una prior, altera vi posterior: quarum priori vis est contraria, posteriori vero tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli consensum, quod temere Bronchorstius *cent. 1. assert. 57.* & alii nonnulli asserunt: nam hoc admissio ne contractus quidem stricti juris dolo causam conventioni præbente ipso jure subsisterent: cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem sine consensu ullius momenti sit. *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Sed hoc dicimus etiam si simpliciter & absolute non deficiat consensus, tamen cum hic debiliior sit, quam in casu objecto, & hæc sit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hisce judiciis exuberantissime requiritur, maxime repugnet dolum malus. *l. 5. C. de resc. vend.* ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: ut stipulationem sustineat verborum solennitas, mutuum interventus rei, & obligatio unilateralis. Et effectu pene idem est, quod Baldus in *l. sub prætextu. 19. C. de transact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest a propria & speciali natura contractus: sed in strictis judiciis esse contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Qua ex causa transit dominium, ea non potest censi ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei puta venditione, cui,

E e

dolum

dolus causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* Assumptio probatur ex eo, quod nusquam legimus hoc casu dari vindicationem: quæ utique competeret, si dominium translatum non esset. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perspicue probatur dominium in casu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumissio non procederet. *l. 3. C. si advers. libert. fac. l. 10. C. de resc. vend.* & miror Bronchorstium id negare *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poss.* ad quam vel puer responderit. Hinc porro sic colligunt; Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l. 4. ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus causam dedit &c. Respondet Baldus in *l. 19. C. de transact.* ad hunc modum: Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in sæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hætenus Baldus, cujus nimirum hæc sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla sublit, sufficere ad translationem dominii: idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa vere debetur: & tamen si quis errore ductus putans se debere ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum condictionem indebiti habet, non vindicationem. *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per condictionem repetitur. *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.* Itaque recte Donellus in *d. l. 5. C. de resc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* scribit; nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si iusta aliqua causa præcefferit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, si vera iusta causa præcefferit, si ve opinione tradentis.

CAP. XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?

NON una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si iudicio recte defensus, & causa cognita sententia iudicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas iudicis & rei iudicata? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat majoribus. *l. præses provincie. 42. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem judic.* Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobat. *l. 2. C. de fidejuss. minor. l. siquidem. 11. C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remota hac auctoritate & sine curatoribus constituti habituri fuissent. *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. si tut. vel. cur. interv.* Sed si nemo esse hominem frugi & industriam, magistratum aliove honores gerere, parentem esse

esse multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus si capti probentur, restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos*. Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία. *Sfort. Odd. p. 1. quæst. 23. art. 3. & 13. Siehard. in l. 2. C. d. in int. rest. minor. n. 2.*

Quid si Doctor juris sit, adeoque non levi juris scientia imbutus? Huic communiter Doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiam si in negotio gerendo se læsum esse doceat, teste Oddo *d. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia: nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore. *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut Q. Mucius dicebat, causas in foro oranti jus ignorare. *l. 2. §. Servius. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad jurisconsultos olim, teste Cicerone *lib. 3. de Orat.* non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque *Duar. in l. 1. C. qui & adv. quos. Gomez. 2. resol. 14. n. 5. Bronchorst. 1. miscell. 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim commune habet professio juris & artium cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientia comparatur. Bene Cicero in *fin. 2. de offic. de quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius a quibusdam optimis viris ad medium sanum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisve hujuscemodi negotiis olim consulti solitos fuisse adolescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi & fere honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus respondebant, ut ex eodem Cicerone *lib. 1. de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus est, si causa cognita captus esse deprehendatur, a solito auxilio removendum *arg. l. 1. C. qui & adv. quos. & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacunque enim ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia. *Odd. de art. 7. Sarmient. 3. select. interp. 12. Fachin. 3. cont. 5.* Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens proficitur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maxime in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est. *d. l. 2. §. Servius. de orig. jur.* veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnaret e diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est a professione nostra. *l. professio. 6. C. de*

mun. patrim. lib. 10. t. 41. l. in honoribus. 8. §. philosophis. 4. ff. de vac. mun. Unde etiam peritiam cujuscunque artis, quam minor proficitur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuunt. Mauris. de rest. in int. c. 223. Odd. d. art. 7. n. 32. & seqq.

CAP. XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

VULGARIS substitutio facta extraneo sive puberi sive impuberi post aditam hereditatem expirat. *l. 5. C. de impub. & al. subst.* Sed quid si institutus heres, postquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescet substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l. 5. C. de imp. & al. subst.* sic interpretantium, si aditio duraverit: restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi. *Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l. 5. Zas. tract. substit. c. 1. vers. secundo limite. Merend. lib. 4. contr. c. 9.* Nec hanc sententiam putant destitui auctoritate; proferuntque ad eam stabiliendam *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. subst. l. Julianus. 42. pr. l. si minor. 61. ff. de acq. her. l. ex contractu. 44. ff. de rejud. l. 7. §. sed et. 5. & §. sed quod Papinianus. 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. l. 2. §. si bonorum. 10. ff. ad sen. Tertull.* quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet herede instituto post aditam hereditatem beneficio prætoris se abstinente, substitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de success. edicti. & d. l. 7. §. sed quod Papinianus. ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de success. edicti.* expresse negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit. In *d. l. 7. §. sed quod Papinianus. ff. de minor.* unus tantum casus a sententia Papiniani dicentis, si minor, cui servus proprius substitutus est, post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec heredem nec liberum fieri. Excipitur, si hereditas solvendo non est, idque non recto jure, sed ex æquitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam vero nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur jurisconsultus, quam quod substitutione semel per aditionem extincta substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pubere suo herede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immisionem abstentus est. Ratio non est obscura, quia non solum deficit conditio substitutionis instituto hereditatem ad-eunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt & fiunt heredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup.* Sed iste locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis heres institutus post abstentionem adeundæ hereditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas

tabulas primas & prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decernere; in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum. *l. Julianus. 42. pr. ff. de acq. her.* qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ assertionem affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & isto loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hereditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantum probatur, quo vulgo dicitur, nuda sui heredis, licet se abstinens, existentia confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu. 44. ff. de re jud.* Sed neque in *d. l. 44.* agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo, sed impuberi suo heredi, quam substitutionem non extinguit immisio, si modo postea se pupillus abstineat: Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinere pupillus suus, qui se miscuit. *l. in necessariis. 57. ff. de acq. her.* Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut se immiscuit, contra aditionem aut immisionem, non restituitur nisi speciali decreto prætoris causa cognita. *d. l. 57. in fin. pr.* quod beneficium non temere extra personam restituti in alterius favorem extendi debet. *l. 3. §. sed utrum. 4. ff. de minor.* Dicitur quidem & illud probabiliter potest in *d. l. 44.* pupillam se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *l. si minor. 61. ff. de acq. her.* sic argumentantur, si minoris adeuntis & postea restituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi, multo magis volens substitutus admittendus est, quia substitutio potentior est jure accrescendi. *l. 2. §. si duo. 8. ff. de bon. poss. sec. tab.* At minoris adeuntis & postea restituti portio volenti coheredi accrescit. *d. l. 61.* Respondeo, alia in proposito est ratio substituti, alia coheredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitatus agnoscat, cogi non potest, a toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *l. 1. §. antepen. ff. ad. SC. Tertull.* item *l. 2. §. si bonorum. 10. ff. eod.* quarum in priore si filius hereditatem matris adierit ex Orficiano & per in integrum restitutionem abstentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obstat agnatis, nisi filius cum effectu heres sit. *d. l. 1. §. antepen. l. 6. §. 1. eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram nempe *l. 2. §. 10. eod.* ubi si filius adierit ex jure antiquo & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *l. 7. §. sed quod Papinianus. 10. ff. de minor.* jam ante respondimus, eam aperte confirmare nostram sententiam, cum unus duntaxat casus ibi excipiat in servo necessario minori substituto, si hereditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo Cujacium & Bus. in *d. §. sed quod Papinianus. Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit.* Govean. 2. var. lect. 13. c. 10. Periz. ad tit. C. de impub. & al. subst. n. 7. Bachov. ad Treuil. vol. 2. disp. 11. th. 7. ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam eo duntaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus sit, in pristinum statum reponendum esse: hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri; neque minorem restitui adversus substitutum; imo nec proprie & vere loquendo substitutum posse dici a minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hereditas ad legitimum successorem pertineat, an fisco vindicetur? illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Busio: quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multo magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per aditionem heredis, testatoris bona esse desierunt, ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *l. ult. ff. d. success. edict.*

CAP. XV.

An auth. Sacramenta puberum. C. si adv. vend. pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?

EX T A T constitutio Frederici Imperatoris *lib. 2. Feudor. tit. 53. §. 3.* quæ inde translata in Codicem Justinianum sub *tit. si advers. vend.* in hæc verba; *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam a majoribus (maxime ne querimoniam malefactorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc Frederici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam jurisjurandi necessaria restitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam veriore esse puto: & nullus dubito, quin Fredericus secutus auctoritatem juris Canonici, quod juramenti favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris, & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcumque *l. 1. C. eod. tit. cui d. auth.* subiecta est, ad contractus jure validos tantum pertineat. Etenim illi demum actus jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores *tit. C. si tut. vel. cur. int.* imo licet ex decreto judicis gesta essent, puta prædium minoris ex decreto venditum. *l. siquidem. 11. C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l. 1. C. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum, qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si a majoribus gesti essent, jure rati forent & efficaces; veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto distraxit. Sed & si lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ἀνεπιβεβημένη, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renuntiatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis non inspectis testamenti tabulis &c. Ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam inviolabiliter servandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: siquidem eo jure & defectum ætatis jura-

juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. *C. quamvis de pact. in 6.* At si actus aliquis aut contractus a majore celebratus ideo non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renunciatio senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis, aut rei, cujus ususfructus penes patrem est, talem contractum a jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interposito: ac multo minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis. *C. 1. ext. de jurejur. C. inter cætera. 22. quæst. 4. C. non est obligatorium. de reg. jur. in 6.* atque in eo jus Canonicum & civile inter se conveniunt. *l. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantum personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili. *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. super contractibus rerum suarum non retractandis.* Sed non oportet verba præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint fortita. *l. 5. C. de resc. vend. l. 1. C. qui man. non poss. junct. pr. Inst. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile est, quod quidam objiciunt, ecclesiam eodem jure, quo minores censer, quæ tamen adversus contractus juratos prælati vel episcopi restituatur. *C. 1. de rest. in integr. in 6. C. præsertim. de testib. in 6.* quasi vero unquam quisquam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui! Objicitur denique, quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet. *l. nam postea quam. 9. §. si minor. 4. l. jusjurandum. 17. §. 1. ff. de jurejur.* unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse se per jusjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriore. Respondeo, cum leges jusjurandum a minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non foveant, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, a damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore huius *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expositæ ætati perniciofa visa est: diciturque Henricus septimus, filius Frederici, cui Papa Honorius tertius hanc *auth.* extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus: Ut sit, vix ullibi locorum recepta est. videlicet *Bussum ad l. 13. ff. de minor. Gudelin. lib. 3. de jur. noviss. c. 14. Christin. vol. 2. decis. 125. & vol. 5. decis. 225. Groeneweg. de leg. abrog. ad h. auth. & ibi alleg. Ant. Fab. C. suo for. tit. de int. rest. min. & tit. si adv. vendit.*

*Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem
judicum habentium?*

JUDICIUM dividi solet in necessarium & voluntarium: cæterum hæc distributio non est generis univoci, sed *deus* ēv. Nam arbiter proprie judex non est, cum privatorum consensus judicem non faciat. *l. 3. C. de jurisd.* sed partes judicis suscipere dicitur. *l. Pomponius. 13. §. 2. ff. de recept. arbitr. l. rem non novam. 14. C. de judic. & arbitria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari. d. l. 14. l. 1. ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium proprie dictum, quod omne necessarium est, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quædam contendendi ratio extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinet. *d. l. 1.* Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittere, id est, simul & invicem penam promittere solent, si quis eorum sententiæ arbitri non steterit. *l. 3. §. 2. l. litigatores. 11. §. 1. & seq. ff. eod. tit. l. 1. C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes nostri fere faciunt, quorum unum sit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. societatem. 76. ff. pro soc.* quorum illi tanquam judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solennibus litem amice ex bono & æquo componant. *vid. Gail. 1. obs. 150.* Sed ego existimo totum hoc esse commentitium & a ratione juris civilis plane alienum; quod & jam olim suspicatus est Jacobus teste *Bart. in d. l. societatem. ff. pro soc.* & ex recentioribus aperte docuit *Corasius lib. 4. miscell. c. 18.* ac novissime solide demonstravit *Bichovius ad tit. ff. de recept. arbitr. c. 1. n. 2.* Etenim nusquam legimus arbitratorem adhiberi, ut judicem, ad controversiam aliquam sine forma judicii sua sententia dirimendam, sed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ personæ arbitrio definienda permittatur. *l. si coita sit. 75. cum seqq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si merces. 25. pr. ff. locat. aut si modus restituendi, l. si quis. 43. ff. de verb. oblig. vel legati relictæ quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur. l. 1. §. 1. de legat. 2. l. 6. ff. de cond. & dem. l. ult. §. 1. C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris interventu decisa dicatur. Et ideo dubitandum non est, quin etiam die festo arbitrator, quod sibi videtur, statuere possit. *arg. l. 8. C. de feriis.* quamvis arbiter tali die, non magis quam judex, possit sententiam ferre. *l. 3. l. 7. C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifeste iniquum est, ad arbitrium boni viri, id est, judicis res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi potest, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem. *d. l. societatem. & l. unde si Nerv. e. 79. ff. pro soc.* adeoque etiam in contractibus stricti juris. *l. si libertus. 30. ff. de oper. libert. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.*

Donel.

Donel. ad d. l. si quis. 43. ff. de verb. obl. n. 16. Bachov. d. loc. ut frustra disputent Doctores in d. l. societatem. quis iudex hic pro reductione ad eundem sit. Nihil itaque commune habent arbitratore istum cum arbitris compromissariis : nam neque arbitrium dicere, si nolint, coguntur : & tunc velut conditio contractus deficit, id est, non recurritur ad arbitrium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse intelligitur. d. l. si coita. 75. ff. pro soc. d. l. ult. C. de contr. empt. d. l. si quis. 43. ff. de verb. oblig. quanquam in testamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur. l. 12. ff. de reg. jur. contrarium observetur, & si is in cuius arbitrium legatum collatum est, arbitretur, si arbitrarum nolit aut non possit, semper legatum utile sit, quasi collatum in boni viri arbitrium. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. delegat. Sed neque arbitratore hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse interpretum disputationem quærentium quamdiu & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitratoris peti possit, licet Bartolus in d. l. societatem. n. 22. dicat quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem a pravo & manifeste iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale & petatur per actionem ordinariam, consequens est illud jus non nisi triginta annorum spatio præscribi per l. 3. C. de præscr. 30. annor. A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda est intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam species est. l. pen. vers. fin. autem post sententiam. C. de recept. arbitr. Tractatur hæc quæstio apud Gail. lib. 1. obs. c. 150.

CAP. XVII.

An litis contestatio aliter, quam negative ex parte rei fieri possit ?

ANTIQUITUS certæ actionum defensionumque formulæ a jureconsultis erant compositi. l. 2. §. deinde. 6. ff. de orig. jur. quas necesse erat in iure apud prætorem præeuntibus jureconsultis a litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat ; de quo adi. Pet. Fabr. 1. semest. 21. Revard. c. 2. de auct. prudent. Negotio autem solemniter exposito, in id, quod intendebatur respondebaturque, testes ultro citroque adhibebantur, unde litis contestationis nomen, auctore Festo in voce contestari. add. Cujac. lib. 9. obs. 21. Pet. Fabr. 2. semest. 24. Revard. lib. sing. pro tribunali. c. 11. A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut iudicium conciperet, & litigatoribus postulantiibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula iudicii reddita, siquidem ipse prætor rem suæ cognitioni reservabat ; Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo iudicium est, quo Titius condemnatur. Quod si alium iudicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis, iudicium est, dicebat verbi causa, Aquilius Iudex esto, & Titium condemnato. Reddebatur autem iudicium eodem tempore, quo lis contestabatur, unde factum, ut in usu juris idem exprimaunt post litem contestatam & post iudicium acceptum : nec ante contestatio pro iusta habebatur, quam iudicio esset inclusa. Dato autem iudice & iudicio ordinato utraque pars invicem denunciabat, ut ad iudicem datum veni-

Fff

rent,

rent, & ad eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba pronuntiabant, *Tes-
tes estote, &c.* iisque verbis dicebantur actor & reus litem contestari. Apud præ-
torem igitur contestatio fiebat; iudicis autem officium lite demum contestata incipie-
bat. *l. si reus. 73. ff. de proc.* de quo fufius Rævardus ubi supra. Hæc monuisse vel
eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut prætor ju-
diciū dabat, reddebat, constituēbat, ita litigatores judiciū accipere, subire,
fufcipere dicebantur, cum potestatem causæ agendæ a prætore impetrassent. *l. 2. §. 3.
l. 3. l. sed & si. 52. ff. de judic.* atque ex eo est, quod iudicio dicitur contrahi. *l. 3. §. idem
scribit. 11. ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum angustia una cum actionum impetra-
tionibus pridem sublata sunt *tit. C. de form. & impetrat. act. sublat.* Testationis
quoque solennitatem etiam multo ante sublatam fuisse arguit *l. un. C. de lit. contest.*
ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quavē formula quis agat, dum-
modo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus, solaque maneat nunc litis
contestatio, quæ cedat pro iudicio dato & constituto, cum iudex per narra-
tionem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur. *d. l.
unic.* quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem in
usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio actoris, & ad eam
propositionem responsio sive contradictio rei. *l. 2. pr. C. de iurejur. propt. calumn. l.
rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* recte mihi sentire videntur, qui asserunt litis con-
testationem a parte rei non aliter, quam negative fieri posse. Nam cum intentio acto-
ris semper sit affirmativa, necessario sequitur litis contestationem, quæ in contradi-
ctione posita est, non nisi in negatione a parte rei consistere posse. Ac proinde ve-
rissimum est, quod *Vigl. c. 1. de lit. contest. Obrecht. c. 2. n. 6.* docent, per simpli-
cem confessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, quoniam ubi lis non
est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus assermet al-
ter neget. Denique qui ultro se hosti dedit, certare velle dici non potest: Itaque
nihil hic restat, quam ut iudex contententem solvere jubeat, & ad id terminum sta-
tuat, ut, bene *Salic. in d. l. un. C. de lit. cont. n. 10.* Dixi autem per confessionem
simplicem: secus enim est, si confessio implicitam habeat vel præsumtive secururam
& reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi
postulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de iurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis contestationem
desideratur duntaxat narratio actoris & responsio rei: unde colligunt qualemcunque
responsionem rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in asserendo sive in negando
consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat
talem ibi intelligi a parte rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio &
contradictio exigit? Fallitur quoque *Gædd. in l. lit. 36. ff. de verb. sign.* dum per ob-
jectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmativè a reo
fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne petas: talis enim objectio vi
ipsa in se continet debiti & intentionis negationem: siquidem negatio aut affirma-
tio non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in proposito æstimanda est. Quid
quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci litis contestatio,
per *C. 1. & 2. de lit. contest. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contra-
dictione consistit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit;
quo-

quoniam utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus excipit, pactum intervenisse. Plane si actor hic non consistat, sed replicando se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante reo, actore negante: sed hic reus excipiendo & asserendo vices subit actoris, actor replicando & negando rei. *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus. 19. ff. de probat.* Sed & si reo excipiente actor porro in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni rei contradicere videtur, & quod a reo dictum est, resolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum sententia defendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis statim induci litis contestationem: veluti si reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio proprie exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil aperte in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est. *l. 1. C. de probat.* sed litis contestationem æque inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eo spectat, ut ostendatur vere negare reum actionem actori competere, in quo omnes interpretes conveniunt.

CAP. XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sita sit forum competens, an vero & locus domicilii rei?

INTER condiciones idonei judicis una est, ut sit competens. Competentem judicem sic generaliter definimus, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, ac proinde apud quem quis agere vel conveniri debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium. Forum autem competens aut est ex partium consensu, & prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris auctoritate. De foro ex consensu partium sunt textus in *l. 1. & l. 2. ff. de judic. l. si convenerit. 18. ff. de jurisd.* Juris auctoritate & invitus quisque forum sortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta est obligatio aut crimen commissum, tum ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur. *l. heres. 19. §. 1. §. 2. & ult. ff. de judic. l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi de hered. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de ejus possessione aut proprietate agatur, subicit possessorem jurisdictioni ejus judicis, in cujus territorio res sita est, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit. *d. l. un. C. ubi de possess. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam personæ, quam rei ratio habetur: & ideo quoque superiorem eodem respectu inferioris jurisdictionem subire, & Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare non posse plerique tradiderunt. *Monach. pr. jud. p. 2. c. 6. n. 60. Vult. ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. præs. eademque ratione receptum est, ut ex hac causa etiam clericus coram judice seculari conveniri possit. Gail. 1. obs. 37. n. 4. Mynsing. 1. observ. 22.*

Fff 2

Sed

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res sita est, sit etiam alius, ubi quis de possessione aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et siquidem de possessione, aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et siquidem de possessione, ut de ea primum dicam, momentaneo processu, qui extraordinarius est, agatur, veluti in casu *l. si coloni. 14. C. de agric. & censit. lib. 11.* aut simili, vix crediderim locum esse alium, qui forum tribuat, quam rei sitæ, eo quod processus ille momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma deveniant, quod solet fieri in ipso loco, ubi res, de cujus possessione contenditur, sita est, & ne fiat solius iudicis, in cujus territorio sita est, interest. At vero si ordinario processu de possessione agatur, probarem communem Doctorum sententiam existimantium etiam alibi quam in loco, ubi res sunt sitæ, de possessione agi posse, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas sit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam ætalem possessionem nemo nancisci nisi in loco rei sitæ potest. *l. 1. §. pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de her. red. ag.* adde quæ *Groenew. tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poss.* Atque hæc sententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & actorem sequi forum rei, quacunq; actione agatur, ut dilerte rescriptum est in *l. ult. C. ubi in rem act.* id autem semper habet reus in loco domicilii. Unus fere Donellus *lib. 17. comm. c. 17.* ab hac sententia recessit contendens non solum de possessione in loco ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si reus ibi secum agi postulet: solum hunc locum necessitati subjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut interpretes communiter, arbitrio actoris, sed rei. *arg. l. un. C. ubi de poss.* Sed ad istam legem bene respondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & speciali; ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet, quisque conveniri potest quacunq; ex causa, quale tribuit locus domicilii. *l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. un. C. ubi fideic. per.* dicitur fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est, non quod alio loco peti non possit: sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest. *l. si fideicommissum. 50. §. ult. cum l. seq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa executionem sententia lata ab alio iudice, quam cujus in territorio res sitæ sunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondebimus.

In controversiis quoque de proprietate sive actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis est, constitutæ sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habet. *l. ult. C. ubi in rem act.* Est autem & hic constans fere omnium interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. express. in *d. l. un. C. ubi in rem. act. l. un. C. ubi de her. ag. Fac. l. 10. cum l. seq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, singularis est, asserens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum ei, locum scilicet ubi sitæ sunt; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi iudicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem mo-

veri,

veri, ubi res constituta est, sed moveri jubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, recte argumentaretur Donellus: sed cum vel ipso farente duo jubeant, primum actorem rei forum sequi debere, quacunque actione experiatur sive in rem sive in personam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi possit, quam quod reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi jubeant. *vers. sed et in locis. d. l. ult.* quis non videt duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor sortiatur, locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium, & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem proprium? Præcipuum autem opinionis suæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur. 38. ff. de judic.* & sane aperte Jurisconsultus illic ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est: sed non dubito, quin id speciale sit in re legata, eo quod legatario sufficere debeat, si heres, a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legatæ præstatione præcipue Jurisconsultus tractat: ut proinde non male responderi posse videatur, id quod Jurisconsultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res est, eam solvere potest. Quanquam alii aliter. *Accurs. in d. l. 38. Duar. ad tit. de judic. c. de for. comp. Hotom. lib. 3. obs. 7. Fulse Vultej. ad. l. un. C. ubi fideic. pet.*

Quæ porro hic incommoda Donellus objicit, nimirum facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem, quæ alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea objectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistratus inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eandem causam & ipse in loco rei sitæ duntaxat intentari deberent. Postremo, quod apprime notandum, non est ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jussu, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit. *l. ejus rei. 46. & l. seq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observeretur. *Zypæ. in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAP. XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?

TESTAMENTUM inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exheredati sunt immerito, vel immerito præteriti; modo testamentum jure consistat, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam

Fff 3

tale

tale rescindatur, qui inique se exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit. *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia. 13. ff. de inoff. testam. & pr. Inst. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit. *l. qui repudiantis. 17. §. 1. ff. eod.* qui color hic quæsitus fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undique testandi potestatem patrifam. concedit. *l. verbis. 120. ff. de verb. sign. pr. Inst. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc iudicium designatur, quam querelæ. Quid ergo, estne querela & ipsa actio? Sane est, licet plerique statuunt non esse, sed remedium aliquod ab actione separatum, siue implorationem tantum officii iudicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hereditas vindicari queat. Sed non est quod dubitemus affirmare, quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hereditatem petere. *l. 8. §. quoniam. 8. ff. de inoff. testam.* Scævola petitionem hereditatis exercere. *l. qui de inofficioso. 20. ff. eod.* Paulus in *l. eum qui. 21. §. 2. ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates. *l. si instituta. 27. §. 3. eod.* Triphoninus filium exheredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hereditatis. *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex causa inofficiosi testamenti hereditatem peti. *l. 3. C. de petit. hered.* Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui. *l. si quis filium. 34. C. de inoff. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia. *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hereditatem petit, heres esse videatur: quanquam in suis heredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio. *d. l. 7. junct. l. in suis. 14. ff. de suis & legit. de quo consule Vigl. ad rubr. & §. 1. Inst. de inoff. testam. Duar. c. 8. ad eund. tit. Govean. lib. 1. var. lect. c. 1.* Quamobrem si quis a me petat, utur quid sit querela inofficiosi testamenti obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hereditatis, qua & testamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hereditas, tanquam ab intestato delata cum *Duar. d. loc. c. 10. Vigl. ad d. rubr. n. 6. Donel. 19. comm. 3. Vaud. 2. var. quest. 24.*

Communis vero Interpretum nostrorum schola existimat, querelam esse iudicium præparatorium, quo aditus pateat ad iudicium universale seu petitionem hereditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse iudicia, quorum alterum scilicet querela, præcedat; alterum, petitio hereditatis sequatur, quod verum non est: siquidem ipse titulus inofficiosi causa est ex qua vindicatur hereditas. *l. 3. C. de petit. hered.* neque duo hic iudicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hereditas, sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur. De quod differuimus *c. 10.* Equidem fateor, querelam in multis differre a petitione hereditatis simplici, de qua agitur *tit. de petit. hered.* sed ex eo non sequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam speciem petitionis hereditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hereditatis

non

non esse: quæ qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum heres non sit, pro herede prove possessore possidet, nunquam adversus heredem, eumve, qui pro herede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium. *l. 9. & seqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adversus heredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hereditas. *l. 1. C. de inoff. testam.* contra præteritum, qui accepit bonorum possessionem contra tabulas. *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso heredem, heredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum herede, sed tanquam qui heres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur. *l. qui repudiavit. 17. ff. de inoff. testam.* & proinde eum teneri, quasi pro herede aut pro possessore possideret, ut diserte ab Imperatoribus Severo & Antonino responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas. *l. 7. C. cod. tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hereditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati. *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum exstat, & ex eo adiri hereditas potest, causæ intestati non est locus. *l. quamdiu. 39. ff. de acq. hered.* Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenri faciendi jus non habuerit: uti & revera si judex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, acsi hereditas nunquam adita fuisset. *l. 6. §. 1. l. eum qui. 21. §. 2. ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia fere vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis, & heres scriptus hereditatem petat. *l. 8. §. si filius. 13. ff. cod. tit.* adeoque & liberum esse exheredato simplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. lib. 4. sent. tit. 5. & ibi Cujac.* Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito. *l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine instituere non possit. *l. 8. pr. ff. de inoff. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio, quia querela non competit, nisi filius cujus solius injuria est, *d. l. 8. in pr.* ostendat sibi displicere factum parentis, a quo exheredatus est, & ideo invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. Adde quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale quod personæ exheredati cohæreat. *Duar. c. 8. ad tit. de inoff. test.*

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?

EDICTUM successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximior agnato vel cognato admittitur sequens. *l. 1. §. quibus. 10. & §. seq. ff. de success. edict.* Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamenti nullæ extant, & ab intestato deferatur hereditas, de quo *d. tit. de success. edict.* & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an si is, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in *l. nepotem. 7. C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere possent, si videlicet exheredati fuissent aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successionis ab intestato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accusationem ordine successorio ex propria sui persona, proprioque jure suo. Exemplum habemus in *l. pater. 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur casus huiusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio exheredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel questi in iudicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in suspensio erat impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstitantque, ne sequens ordo aut gradus ad accusationem admitteretur, jam pro mortuis habentur: & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod heres scriptus jam sententia judicis declaratus sit heres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios ut non facit. *l. sæpe constitutum. 63. ff. de rejud. & tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est: unde dicendum videatur, si scriptus a patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in successione ab intestato prior est causa liberorum. At filio iudicio victus est, quia iuste exheredatus iudici visus: quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est. *arg. l. 3. §. si emancipatus. 5. ff. de bon. poss. cont. tab.* Similiter, & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & si. 15. pr. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* si filius a patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea instituta iudicio victus sit, aut quo modo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sui persona. *l. pen. pr. ff. de inoff. test. d. l. 3. §. emancipatus. 5. in fin. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel. al. jur. nec hic spectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante que-*

querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est, sed ex persona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos. *l. 1. §. qui- bus. 10. ff. de success. edicto.*

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis postumo. 9. §. 2. ff. de lib. & post. her. inst.* ubi Paulus scribit, si filium exheredavero, nepotemque ex eo præterito & extraneum heredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hereditatem decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse. Idemque in nepote postumo præterito & filio exheredato juris esse Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberante herede instituto de adeunda hereditate defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere. *l. 6 pr. ff. de injust. rupt. irr. test.* Itaque hic filius exheredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut Papinianus ait, jure testati, quamvis nihil obstat jure intestati, id est, quoniam hic nepos scripto herede repudiante atque ita testamento destituito ab intestato suus heres avo existat. *l. scripto. 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. vers. plane si. ff. de injust. rupt. l. 1. §. sciendum. 8. ff. de sui & legit. her. §. cum autem. 7. & seq. Inst. de her. quæ ab intest.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo herede a patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas. *l. 4. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto herede adeunte potest nepos in locum sui heredis succedere, ex capite secundo legis Vellejæ; quoniam mortis tempore eum filius præcessit. *l. Gallus. 29. §. sequenti. 13. ff. de lib. & post. l. si quis filium. 34. C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti: quia præteritio nepotis hoc casu pro exheredatione est, & prætor exheredatos non agnoscit, *d. l. 4. §. 1. junct. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immerito præteritus est; quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exheredationis est: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum: & licet per exheredationem filii satisfiat formæ & solennitati internæ, quæ jure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisfat juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi. *§. 2. Inst. de inoff. test.* Facilius vero querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis heredibus. At potest querela competere, ut tamen nihilomagis testamentum rescindatur.

Secundo objicitur *l. si quis filium. 34. C. de inoff. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela decessisset, omne adjuto-

G g g

rium

reum dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: Justinianus autem diserte jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa a vetustate neglectus, a suo, inquit, vigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem a querela removeret juri antiquo convenienter. 1. Si probet heres scriptus filium exheredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio, quod & olim nepoti licuisse dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium. C. de inoff. testam.* quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immerito exheredatus: vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita fere post *Azonem, Bartolum, Dyn. Castrensem, Costatium, & Anton. Rubens*, ad *l. pater. 14. ff. eod. tit.* Donell. 19. *comm. 7. & ibid. in not. Osvald. Hillig.* Dissentiunt Bachovius ad *Treutl. disp. de inoff. test. thes. 5. Timæus Faber disp. anniverf. 19. thes. 4. Alciatus lib. 4. paradox. c. 16.* fluctuat, ut & alii fere. Gomefius. 1. *var. resol. 11. n. 21.* hanc quæstionem aliam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

CAP. XXI.

An liberi jussu exheredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an ceteris partem faciant?

QUÆSTIONIS hujus sensus est, an liberi justa ex causa exheredati re ipsa adhuc inter liberos numerentur, perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum, ut cæterorum legitima minuatur, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proxime præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua consultus Raphaël Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jasone in *auth. novissima. C. de inoff. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima.* putant eum, qui jussu exheredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundum hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia; hodie triens, non sextans. Bartolus in *l. pater filium. 14. ff. de inoff. test.* contra putat eum, qui jussu exheredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ

legitimæ partem aliis facere. Proinde ex Bartoli sententia, si pater ex duobus filiis alterum jussu exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habebit duntaxat fescunciam, hodie sextantem, per *l. 8. §. quoniam autem. 8. ff. de inoff. testam.* Alii putant melius esse si media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia. Et quidem si exheredatus repudiaverit querelam, aut eam instituerit quidem, sed judicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accrescat fratri in legitima instituto, per *l. filio. 16. pr. ff. eod.* quippe hunc demum jussu exheredatum dici, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum proprie quæstionem propositam pertinere, propterea quod hujusmodi exheredati pro mortuis habentur. per *l. qui repudiantis. in fin. 17. ff. de inoff. test. l. 1. §. sed & si. 5. ff. de conjung. cum emanc. lib. l. si post. 10. §. liberi. 4. & §. seq. ff. de bon. poss. cont. tab.* & sic procedere sententiam Dyni & Saliceti. Cæterum si exheredatus nec repudiaverit querelam, nec post eam motam victus sit, hoc casu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam sit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario sensu ex *d. l. qui repudiantis. & l. si ponas. 23. §. ult. de inoff. test.* atque hoc modo defendi posse opinionem Bartoli.

Pendet autem decisio hujus tam arduæ quæstionis ex alia huic affini & tantum non eadem: nimirum an & quando in querela inofficiosi locus sit juri accrescendi? quam ob causam ere erit de ea prius cognoscere, quam quid certi definiamus de proposita. Et quidem si quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc casu frustra disputatur de jure accrescendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficiosum testamentum dicere potest, vel ad supplementum agere. Sed ponamus casum diversum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc casu cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum semissem hereditatis petere debeat, ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore exclusus sit; pars ejus accrescat ei, qui egit & obtinuit. *l. filio. 16. l. si ponas. 23. §. ult. ff. de inoff. test.* & de hoc eodem casu agit Paulus in *l. qui repudiantis. 17. ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod si tamen alteruter, in solidum egerit, antequam alter querelam repudiasset, & casu aliquo obtinuerit, puta quod scriptus heres eum non repellebat, alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit. arg. *l. 6. §. 1. ff. eodem.* Ponamus rursus alium casum. Pater e duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita satisfacit primo, non autem secundo. Secundus non queritur, sed primus, & dicit sibi non esse relictam integram legitimam: cum enim secundus, qui solus queri potest, non queratur, ait sibi quasi nunc soli filio deberi quartam omnium bonorum, non fescunciam aut quartam semillis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta est, neque querelam movere potest, neque ex constitutione Justiniani ad supplementum agere. Ratio est, quia factum illud patris legitimam secundo exheredato non relinquentis non debet prodesse primo, qui portionem debitam habet. Et hoc casu exheredatus alteri partem facit; quia scilicet necesse est eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluso, per quam solam ad hereditatem poterat pervenire, accrescere non possit, & hic est casus, qui tractatur in *l. 8. §. quoniam. 8. ff. de*

ff. de inoff. testam. Quod si exemplum ad jus τῶν νεαρῶν, accommodare velimus, ponendus casus, quo pater extraneo herede scripto unum ex filiis in legitima instituit, alterum exheredavit & sic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, taceat & querelam, quam movere potest, non instituat. At secus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquennali exclusus: tunc enim primo seiscuncem non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere & totam hereditatem vindicare posse. *l. qui repudiantis. 17. l. si ponas. 23. §. ult. ff. de inoff. testam.* Ex constitutione autem Justiniani, quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum. *l. omnimodo. 30. C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocunque modo amissa, primus jam recte de inofficioso agat, aut suppletionem petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desit, pro mortuo habetur, per *d. l. qui repudiantis. in fin. pr. ff. eod. l. 1. §. sed & si. 5. ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed male mea quidem sententia. Nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utrisque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alter qui non queritur, partem facit non modo interim & quamdiu alter adhuc queri potest; sed etiam quando queri posse desit. Sic enim Ulpiani hanc quæstionem decidentis in *l. 8. §. quoniam. 8. ff. de inoff. test.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c.* accipienda sunt, nempe qui non queritur omnimodo, sive quia semel agere noluit, sive quia iudicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri accrescendi, & legitimam relictam, in qua non item. V. C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, sed uni 125. nomine legitimæ relictis decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debita. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocunque titulo, querela excluderetur; si vero vel minimum deesset admitteretur, in quo utroque aliquid postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, an per hoc alter querelam nanciscetur, quam non esset habiturus priore querente? Sic visum mediæ sententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250. sed contra deciditur in *d. l. 8. §. quoniam.* scilicet nihil amplius eum consecuturum, & per illa 125. quæ ipsi nomine legitimæ relicta sunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum esse: hoc casu si unus non queratur exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex asse ab intestato succedit.

Ex his jam opinor, apparet, quid statuendum sit de quæstione proposita, utrum is, qui iuste exheredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta est, faciat, nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere secundum sententiam Bartoli. Ratio solida, quia nulla hic est conjunctio; ac proinde nec jus accrescendi. Etenim rite & iuste exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est; neque ab intestato, quia ad successionem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everso: Sed
nec

nec prætor exheredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas invitavit. *l. non putavit. 8. ff. contr. tab.* Adde quod cum adversus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis esse debet, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavuit. Hic autem testator voluit eam acquiri heredi instituto, per *l. si pactum. 9. ff. de probat. auth. hoc amplius. C. de fideicom.* ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unius non debet prodesse alteri. Non obstat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum est, quantum attinet successionem ejus, a quo exheredatus est: cæterum non est trahendum extra terminos suos: nec argumentum ductum a bonorum possessione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati a contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed nec quando unus de inofficioso queri potest, juste exheredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte post Bartolum Donellus *lib. 19. comm. c. 9. & Hilligerus in not. ibid. Bachov. ad Treutl. disp. de inoff. test. thes. 15.* atque hanc opinionem, ut saniolem, laudat Pet. Greg. Tholosanus *lib. 44. syntagm. c. 5. n. 8. Diss. cum Dyn. Salicet. Sichardus in d. auth. novissima. n. 27.* De filialibus statuto exclusis res minus dubia: quoniam cum filiarum extantibus masculis statuto in totum exclusæ, nullum jus succedendi aut querendi habeant, partem facere non possunt, sed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac si non essent: & intelligitur statutum voluisse cæterorum portionem augere. *Bachov. ubi supra.*

CAP. XXII.

Legitima sitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæstionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad priorem quod attinet, si ponamus filio juste exheredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione divi Pii. *l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. §. 3. Inst. de adopt.* Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei coherede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse iussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditariis conveniri queat. *l. pen. C. de hered. instit. §. si quis. 9. Inst. de fideic. hered. l. si legatus. 30. §. multum interest. 3. ff. ad Senat. Treb.* At ex diverso si filius heres institutus sit vel in ipsa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab intestato portionis, hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semiss.* vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex uncia, sextante, &c. hic ut filius revera heres est, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam heres

Ggg 3

jure

jure hereditario habeo & titulo institutionis, fit pars hereditatis. Male igitur Gail. 2. obs. 119. n. 12. & obs. 120. n. 2. post Salicetum & alios in l. scimus. 36. in fin. C. de inoff. testam. generaliter & simpliciter definit, legitimam esse quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno. l. 8. §. quarta. 9. ff. de inoff. testam. & bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt. l. subsignatum. 39. §. 1. ff. de verb. sign. Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, §. ult. Inst. de leg. Falc. cum tamen in confesso sit, quartam Falcidiæ esse partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit. l. in quartam. 91. pr. ff. ad leg. Falc. Antequam enim summa constitatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, heres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitima institutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæstionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæstione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera, quæ ex dispositione testatoris proficiuntur ab iis, quæ exurgunt ex ipso jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur. l. quoniam. 32. C. de inoff. testam. Et ratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur. cui consequens ut gravamen legitimæ impositum, pro non adjecto habeatur. Fac. d. l. 32. & auth. novissima. C. eod. Gail. 2. obs. 119. n. 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommisso, vel alio substitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas, liberis relinqui queat deducto usufructu. Cujus rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præstatio contra d. l. 32. & mirum est dissentire Cæpollam cautel. 21. cum disertis verbis Justinianus constituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum jus utendi fruendi, Nov. 18. c. 3. auth. novissima C. de inoff. test. Atque hoc modo accipiendum est, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen. l. omnimodo. 30. d. l. quoniam. 32. d. l. scimus. 36. C. de inoff. test. nempe non recipere ex voluntate aut dispositione testatoris. Neque hic refert jure hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo institutionis; & jure hereditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juste exheredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut heres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani potest ullum onus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommisso gravari potest; & tamen heres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante a creditoribus hereditariis conveniri potest, §. sed quia. 7. Inst. de fideic. hered. Nullam autem neque

que hic quarta senatusconsulti, neque illic triens aut semis legitimus deminutionem patitur. Non obstat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno. *l. 8. §. quarta. 9. ff. de inoff. testam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur, quantum sit in legitima, nihilque aliud eo significatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut sciri possit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius heres in ea portione institutus non teneatur pro rata, respondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, *§. ult. Inst. de leg. Falc.* non ob id, quod heres nomine æris alieni a creditoribus hereditariis conveniri nequeat; sed tantum ut sciatur, quantum testator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id solum habere intelligimur, quod deducto ære alieno superest. *l. subsignatum. 39. §. 1. ff. de verb. sign.*

CAP. XXIII.

Petitio hereditatis an detur contra possidentem titulo singulari?

PETITIO hereditatis est actio in rem, qua hereditatem nostram & per hereditatem res singulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro possessore possidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, suam esse intendit, utpote vel ex testamento vel ab intestato sibi delatam, & sibi sive per se sive per alios acquisitam, *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* esse hanc petitionem actionem in rem plerisque locis diserte traditum est. *l. sed & si. 25. §. propen. ff. de her. petit. l. 1. l. fin. autem. 27. §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. si pars hered. petit.* Cæterum ita in rem est, ut tamen habeat præstationes quasdam personales. *d. l. 25. §. propen.* propter quas mixta personalis appellatur, & demum 30. annorum præscriptione summovetur. *l. 7. C. de pet. her. & inter bonæ fidei judicia numeratur. §. actionum. 28. Inst. de action.* licet cæteræ in rem sint arbitrariæ. *§. præterea. 31. Inst. eod.* Datur adversus eum, qui quod hereditarium pro herede prove possessore possidet, dolove malo fecit, quominus possideret. *l. 9. l. 13. §. pen. l. sed & si. 25. §. perinde. 8. ff. d. tit.* Pro herede possidere dicitur, qui putat se heredem esse. *l. pro herede. 10. ff. eod.* Pro possessore possidet tum prædo, qui nullam aliam causam affert, quam quod possideat. *d. l. 10. §. 1. & 2. ll. seqq. eod.* tum is, qui affert quidem aliquam, sed injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & adjunctus est, id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere & hereditatis petitione teneri intelligatur. *l. nec ullam. 13. §. 1. ff. eod.* ubi obiter notandum, etsi omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, veluti si titulum, licet inutilem, alleget. *d. l. 13. §. si quis. 8. ff. eod. add. Gædd. ad l. 109. de verb. sign. n. 7. & seq.* Quod si quis iusto aliquo titulo rem hereditariam possideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda est speciali in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcunque possessorem datur. *l. 7. C. eod. tit. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* Hanc autem dissimilitudinem peperit dissimile jus petitorum. Nam qui speciali actione in rem agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum est rem restitui. Semper

per enim dominus plus juris habet in re sua, quam quilibet etiam iustissimus possessor. *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod.* At qui heres est, non idem continuo & dominus rei hereditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita. Equidem fieri posse non nego, ut heres idem sit & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut is sit dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato possidet, in pari causa possessor potior haberi debet. *l. in pari. 128. ff. de de reg. jur. D. D. in d. l. 9. Sichard. in l. 2. C. eod. Zas. parat. ff. eod. n. 7.* Sed enim hoc ipso quod quis heres est, plus juris habet, quam is, qui pro herede possidet aut pro possessore, siue causam suæ possessionis afferat, siue non. Nec vero alios titulos possessionis hereditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hereditarii controversiam faciat, nisi qui pro herede vel pro possessore possidet. *d. l. 9. de hered. petit. l. 7. C. eodem. Cujac. 10. obs. 1.*

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum est. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum possessori, quæ vocatur possessoria hereditatis petitio: item fideicommissario, id est, ei cui ex senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas, quæ fideicommissaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in π . Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum possessor non verus, id est, qui putat se bonorum possessorem esse, cum non sit, *l. pro herede. 11. ff. eod. tit. fideicommissarius*, qui hereditatem a falso herede accepit, *d. l. nec ullam. 13. §. sed & si. 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. test.* item emptor, qui hereditatem aut partem universi juris emit a non vero herede. *d. l. 13. §. si quis. 8.* Sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expediat petitori hereditatem a venditore peti, quem directa petitione teneri certum est. *d. l. 13. §. quid si quis. 4.*

Excutiamus jam, quod in quæstione est, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium possidet titulo singulari? Non una autem hic utendum distinctione. Possessor aut nullum titulum allegat, qui in specie dicitur pro possessore possidere; aut allegat titulum, sed universalem, scilicet pro herede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum singularem, & hunc vel in universitate siue hereditate aut parte hereditatis, & nonnullo casu utili petitione hereditatis, ratione objecti sic dicta, conveniri potest. *d. l. 13. §. quid si quis. 4. ff. l. 2. C. eod.* vel in re singulari, & hunc iterum vel proveniente ex actu inutili & jure invalido, veluti si quis rem ab uxore donatam pro donato se possidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere sibi nupta, & tenetur tanquam possidens pro possessore. *d. l. 13. §. 1. vel ex actu utili & jure valido*, puta eo, quod se rem emisit, aut sibi donatam legatamve esse, atque hisce titulis se possidere affirmet: & non tenetur siue bona siue mala fide possideat. *l. 7. C. de petit. hered. l. 4. C. in quib. cas. cess. long. temp. præser.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus possessorem rei singularis cum possessore titulo singulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiam si, ut modo dixi, possideat mala fide, sed res ab eo vindicanda est speciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametsi bonam fidem habeat, seque heredem esse putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo possideri, is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hereditatem ejusve bonam partem eodem modo possideret. *l. 9. & l. seq. in pr.* Ratio est quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, possidet, totam hereditatem, & universi juris successionem sibi asserit, ut asserere potest. Ac proinde hic

hic etiam universalis actio institui debet, licet executio tantum fiat in re unica possessa. *Cacheran. decis. 84.* Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas: at per consequentiam etiam singulæ res hereditariæ, ut in definitione expressum est. *l. 7. §. ult. ff. de except. rei judic.*

CAP. XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?

DE qualitate impensarum, quæ in rem alienam fructuum quærendorum, aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur. *l. si a domino. 36. §. ult. ff. de hered. pet. l. 7. pr. ff. solut. matrim.* ubi hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi vero in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa tripertita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptuariæ: *l. 1. ff. de impens. in rem dot. fact. l. impensæ. 79. ff. de verb. sign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptuariæ, quam speciem, τὸ εἶδος duntaxat ornant, sine ulla utilitate. *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. 5. 6. & 7. de impens. in rem dot. d. l. 79. per tot. de verb. sign.* ubi & exemplis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui mala fide possident. *l. plane. 38. pr. ff. de her. petit. l. 5. C. de rei vind.* quoniam hæ deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ne scilicet petitor cum damno possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa obijci potest, quod rem alioqui perituram servavit) lucrum faciat. *d. l. 38. ff. de her. petit.* Non obstat *l. 1. C. de infant. expos. l. ex argento. 13. ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri. *l. inficiando. 67. §. 2. ff. de furt. Fachin. 1. contr. 54.* In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area ædificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiæ & impensarum. *l. sumptus. 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de her. petit.* Et hoc est, quod Gajus in *l. 7. §. ex diverso. 12. ff. de acq. ver. dom.* & Justinianus *§. 30. Inst. de rer. divis.* ajunt, si in possessione, constituto ædificatore soli dominus petat ædificium, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabricorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior. *l. 14. ff. de condi. indeb. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est prætiosior. *l. infundo. 38. ff. de rei vind.* & ita demum, si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant. *d. l. sumptus. 48. l. emptor. 65. ff. eod. tit.* Nam qui suum duntaxat recipere

H h h

vult,

vult, nihil dolo facit. *l. nihil dolo. 129. ff. de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Apparet autem ex *d. l. 38. ff. de rei vind.* jus hoc non esse perpetuum, sed regulare duntaxat, atque pro varietate circumstantiarum aliud atque aliud æquitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malæ vero fidei possessoris deterior in hoc genere impensarum conditio est: quippe cui nulla eo nomine deductio concessa. *l. 5. C. de rei vind. l. Julianus. 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverso. 12. ff. de acq. rer. dom.* Ratio est, quia si is item simili exceptione se tueri velit adversus dominum vindicantem, culpa ei obijci potest, & a domino replicari, quod temere & sciens ædificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiæ proprietatem amiserit. *§. ex diverso. 30. Inst. de rer. divis.* æquum quidem esse, ut sumptus per errorem facti retentione rei servantur. *l. fin. autem. 27. §. ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti sunt, restituendos non esse. *l. 5. C. de adif. privat.* Enimvero si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi hujusmodi sumptus fecisse, aliud dixerim, per *l. 2. C. de rei vind.* veluti si ædificaverit in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa potius fecisse, quam animo donandi. Quid igitur est, quod Paulus scribit in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* etiam in persona prædonis rationem haberi utilium impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impensas deducere, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare posse; sed hoc tantum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium: nempe hæcenus, ut necessarias quidem deducat, quarum deductio possessoribus omnibus tributa. *l. 5. C. de rei vind.* utiles vero sine læsione rei tollat: hoc enim solum ei permissum est. *d. l. 5. d. l. Julianus. in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor. *d. l. 38. ff. eod.* Etenim cum stricto jure ne tollendarum quidem utilium impensarum prædoni potestas sit, recte dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod si petitor pro jure suo, *d. l. 38. ff. eod.* pati nolit, ut eas impensas possessor tollat, hic jam & earum deducendarum potestas ei permittitur, ne, quod ait Jurisconsultus in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptuariarum impensarum, quatenus tales sunt, nulla deductio est, cessante videlicet causa, quæ huic deductioni locum facit. Plane si probetur petito rem easdem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus consequuturum, *arg. d. l. 38. & l. 29. ff. de rei vind.* impensæ, quæ per se voluptuariæ sunt, naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas servandas, si modo bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem servare has impensas non potest, ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest, etiam si malæ fidei possessor sit, ut diserte a Gajo responsum est *l. utiles. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Hæcenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impensæ a quocunque possessore deduci, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei servari possunt, nempe

nempe impensæ necessariæ, & a bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptuariarum: qua talium, deductionem non esse, tolli tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is qui sumptus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc calu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & sumptus a se factos repetat? Nusquam certe id in libris juris nostri traditum est. Et quamnam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vinea suæ. *l. 1. ff. de tign. junct. l. in rem. 23. §. pen. ff. de rei vind.* Sed nec actio in factum secundum definitionem *d. l. 23. §. item quæcumque. §. vers. ideoque.* hic locus esse potest: quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cuius nullum factum intervenit? Si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium non alienum gerit, qua ratione quoque ei denegatur repetitio. *l. 5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio reperant, aut alium sibi obligent. *l. 4. C. de negot. gest. l. in hoc. 14. §. 1. vers. diversum est. ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti: nam ut differit Julianus in *l. si in area. 33. ff. de cond. indeb.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transtert: sed tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. Et exstat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse. *l. ex quibus. 51. ff. de cond. indeb.* nec enim solus error solventis aut tradentis condictionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem: hæc verba sunt Juliani *l. si in area. 33. in fin. ff. de cond. indeb.* Paulus in *l. 14. ff. de except. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo edificavit, aliter sumptus consequi, quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in *l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat.* negat expresse sumptus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti sint a bonæ fidei possessore; sed tantum exceptione doli opposita æquitatis ratione posse servari. Idem non obscure indicat Pompon. *l. 21. ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas solas habent.* quo loco pro *similem eum esse*, rescribenon *similem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro, & Hugone Grotio in *spars. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere possit, quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra *l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet actione ad impensas ultro repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radiceretur: scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurritur, quam actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur, ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis,

ralis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit: nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciscenti prodest. *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & seqq. ff. de pact.* Et sic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet: & est instar spiritus, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente nasci Plinius scribit *lib. 2. nat. hist. c. 85. & seq.*

Non desunt tamen hic dubitandi causæ, & primum hic nobis objici potest regula generalis ex *l. 1. ff. de cond. sin. caus. l. si & me. 32. ff. de reb. cred. l. nam hoc. 14. ff. de cond. indeb. l. id quod nostrum. 10. ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium pervenisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temere id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse; quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id iusta ex causa quæsitum censetur. *l. in rem. 23. §. 3. & 4. ff. de rei vind. l. 7. §. voluntas. 8. & seqq. ff. de acq. rer. dom.* Denique potest bon. fid. possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis. *l. sumptus. 48. ff. de rei vind.*

Secundo ob stare videtur *l. 5. C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo, ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuo sequitur eo nomine etiam actionem esse: sufficit enim esse repetitionem suo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione. *l. 1. ff. de except. l. amplius. 15. ff. rat. rem hab.* neque aliter in *d. l. 5. C. de rei vind.* hoc verbum accipi potest: quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio putat D. Cujacius *lib. 10. obs. 4.* posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumptibus rem restituit, possessionem repetere conditione incerti; atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus servare, *arg. l. si uxor filio. 19. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux. l. qui except. 40. §. 1. de cond. indeb. l. heres. 21. ff. ad senat. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione sumptus in prædium alienum a possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cujacii sententia faciant. Nam in *d. l. si uxor filio.* ne quidem de impensis in rem alienam factis, & *d. l. heres.* tantum abest, ut Cujacii sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut supra ostensum est. *add. Ant. Fabrum decad. 26. err. 10.* Denique aliena plane est ab hac disputatione *d. l. qui exceptionem. §. 1.* & si quæ forte similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur *d. l. qui exceptionem. §. 1.* (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommissio debebat restituere, sua impensa refecit.) an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic a nobis propositus est per textus in *l. 14. §. 1. ff. comm. divid. l. 5. C. de rei vind. l. 4. C. de negot. gest.*

Postremo Martinus Glossator, eumque secutus Johannes Goëddæus in *l. impensæ. 79. ff. de*

de verb. sign. obijciunt verissimæ huic sententiæ l. 6. §. 3. ff. de neg. gest. l. 8. ff. de pign. act. l. 7. §. ult. ff. sol. matrim. ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dandam: sed frustra. Nam in d. l. 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque sibi obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret, & res qualidam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui sumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas consequi posse. Ita post Cyn. Salic. Castrensem in d. l. 5. C. de rei vind. Don. 20. comm. 7. Ant. Fab. dec. 26. err. 9. & seq. Cæterum Martini sententiam æquiritatis commendatione nunc in foro prævalere testantur Molinæus ad consuet. Parisiens. tit. 1. §. 1. gloss. 5. n. 104. Zypæ. notit. jur. Belg. de rei vind. Groenew. de leg. abrog. ad §. 30. Inst. de rer. div. & plures eodem loco allegati.

CAP. XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?

ETIAM tritas & vulgares quæstiones incudi reddere prohibitum non est: & aliquando expedit, propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est, unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistincte fructus omnes, quos percepit, suos faciat? alteram capite proxime sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat?

Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. Inst. de rer. divis. convenienter sententiæ veterum. l. qui scit. 25. §. 1. l. in pecudum. 28. ff. de usur. l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom. cum simil. Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hic perceptione acquiritur sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirantis est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet, & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, a quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi. l. bonæ fidei. 109. ff. de verb. sign. Malæ igitur fidei possessor huc non pertinent. d. §. 35. l. 22. C. de rei vind. l. 3. C. de cond. ex leg. Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus d. loc. Percepti fructus dicuntur, simul atque a re, qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum. l. si fructuarius. 13. ff. quib. mod. usus. am. l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur. l. si ejus fundi. 78. ff. de rei vind. in animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est. l. in pecudum. 28. ff. de usur. l. bonæ fidei. 48. §. 2. ff. de acq. rer. dom. quanquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam

Hhh 3

dixi,

dixi, fructuum a re separatio, *d. l. 48. pr. vers. denique. d. l. 78. ff. de rei vind.* At enim perceptio non est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum esset in malæ fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat. *d. l. 25. §. 1. ff. de usur. d. l. 48. ff. de acq. rer. dom. & tantum præstat possidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non est. l. bona fides. 136. de reg. jur.* Perceptio vero magis est causa sine qua non.

Quæsitum autem est, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquisitione mutet, an vero omnes indistincte ad eam pertineant. Fructum a ferendo dictum esse scribit Varro *lib. 4. de ling. lat.* ut sit id omne, quod res fert. Nostri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem redditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, redditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc propriè fructus non sunt. *l. si navis. 62. ff. de rei vind. l. usura. 121. ff. de verb. sign.* in fructu tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent. *l. usura. 34. l. prædiorum. 36. ff. de usur. l. mercedes. 29. ff. de hered. petit. eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis. d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum. 27. §. 1. & 2. ll. seqq. ff. de hered. pet.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Fructus naturales sunt, quos natura ex re ipsa producit. Et horum quidam fere solo naturæ beneficio & *αὐτομάτως*, sponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. Aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, item fructus pecudum: quippe quæ sine cura & cultu hominum salvæ esse non possunt. Illos naturales in specie, hos industriales, interpretès appellaverunt, propterea quod nisi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque industria hominis interveniat, sola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benefic. 11. Nihil in fructum pervenit, quod non a primo usque ad extremum æqualis cura prosequitur.* Petita autem est hæc distinctio ex *l. fructus. 45. ff. de usur.* atque evidenti ratione nixa est. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, sic in specie dicti, ad hanc acquisitionem pertineant, & percepti bonæ fidei possessoris fiant, quam industriales, de quibus nulla hic controversia? Ego in ea sententia semper sum, ut existimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare, bonæque fidei possessorem non minus fructus naturales, quam industriales percipiendo suos facere. Rationes hæc sunt. 1. Quia generaliter & sine ulla fructuum distinctione loquitur Imperator *d. §. si quis a non domino. 35. item Jurisconsulti in d. l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom. l. 13. ff. quib. mod. usus. am. l. si ejus. 78. ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Gaji in *l. in pecudum. 28. ff. de usur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam fieri bonæ fidei possessoris quia in fructus sunt, & ipsa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l. 13. ff. quib. mod. usus. am. l. si ejus. 78. ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta sive excussa est, & fœnum, simul atque cæsum & a solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri expressè traditum est. At
olea

olea vel maxime fructus naturalis est; quippe quam nec rastros desiderare, aut falcem ullamve curam testantur Virgilius lib. 2. Georg. Plinius lib. 15. nat. hist. c. 1. Fœnum autem quin fructus quoque naturalis sit, & spontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat. d. §. 35. Inst. de rer. div. §. 2. Inst. de offic. jud. l. 4. §. 2. ff. fin. reg. l. certum. 22. C. de rei vind. Et igitur cum omnes lucretur consumptos, omnes quoque perceptos suos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in d. l. 48. ff. de acq. rer. dom. ubi sic scribit; Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. Glossa quidem & D D. communiter hæc verba Pauli, sed omnes, restringunt ad fructus industriales, qui alterius, quam bonæ fidei possessoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum est. Quis enim non videt, verbum omnes a Jurisconsulto non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diverſi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subjungit, quia quod ad fructus attinet, loco domini pene sit. quam eandem rationem & Julianus affert l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur. cui & illud simile, quod idem Julianus ibidem scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, spectari: unde apparet; industriam aut operam non esse τὸ οὐ ἐνεκα, causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus a bonæ fidei possessore percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam οἱ ἀσπαρτοι καὶ ἀνήροτοι ad hanc perceptionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt. Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquirat fructus etiam ab alto factos, in quos ipse neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius si non nascuntur, saltem conservantur?

Objicitur huic sententiæ d. §. si quis a non domino. 35. Inst. de rer. divis. ubi Justinianus ait, placuisse fructus perceptos fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondeo, vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ; putantur arbores, vires, ut omnibus notum est. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudet teste Plinio lib. 15. c. 1. Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratione humana proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, alique fructus sylvestres, nihilo tamen minus ad hanc acquisitionem pertinent. Nam, ut supra diximus, præcipua & adæquata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure soli fructus percipiat, cui consequens est, ut percipiendo etiam suos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τὰς ἀντομάτας, sive spontaneos, qui in specie naturales ab interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεον accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc a Justiniano expressa est.

Maximè autem huic sententiæ obſtare putatur locus Pomponii in l. fructus. 45. ff. de usur. Verba Pomponii hæc sunt; Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen, quos sui operis acq̄ſerit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vil

vel ex sylva ceciderit, non fit ejus; sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Ex hoc loco satis perspicue probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id est, spontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei possessoris non nascuntur, ad bonæ fidei possessorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Jurisconsultus? Non cujuslibet bonæ fidei possessoris fieri fructus, qui ex facto ejus non nascuntur. Ne hoc quidem nos negamus, sed hoc dicimus, eum possessorem bonæ fidei, qui ex justa causa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum esse putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos suos facere. Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei possessoris tales fructus fieri, sed non cujuslibet: quam enunciationem non esse generalem, sed particularem ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Qui dicit, non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere; & cum idem Pomponius l. 6. pr. ff. de contr. empt. ait non cujusque rei venditionem aut alienationem esse, id non hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quarundam duntaxat rerum non esse, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum esse. d. l. 6. pr. l. si in emptione. 34. §. 1. ff. eod. Igitur in hac enunciatione, Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit, cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei possessores censere: & tacite duo genera ejusmodi possessorum facere, unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt, alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonæ fidei possessor fructus omnes percipiendo suos facit, sed is solum, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis profit, contra l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign. & interdum nullos. l. 13. pr. de cond. indeb. licet alioquin non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in jure errat. l. sed & si. 25. §. scire. 6. ff. de her. pet. l. ubi lex. 24. l. si fur. 32. §. 1. ff. de usuc. nec sequitur, injuste possidet, seu titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem esse minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit. l. 2. C. si quis ign. rem min. Talis etiam est possessor fundi dotalis a marito alienati, item rei litigiosæ, & qui a falso tutore emit. l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act. Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest. l. ubi lex. 24. ff. de usuc. l. bona fides. 136. ff. de reg. jur. Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hereditatis, d. l. 25. §. consuluit. 11. ff. de her. pet. item in casu l. si fructus. 8. C. de donat. int. vir. & ux. & denique, qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non causam redacta est. l. 3. ff. de cond. indeb. Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum verba Pomponii, sicuti nec cujuslibet, &c. accipienda sunt; quippe qui & soli similes sunt conjugum rem a conjuge donatam possidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur. In eo autem dissimilitudo est, quod

quod conjux fructus industriales, quos percepit, restituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus. 17. ff. de don. int. vir.* sed etiam volente conjuge percepit: cæteri nisi fructus consumpti sint, teneantur, de quo uberius *quæst. seq. vid. Ant. Fab. 4. conject. 17. Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4. n. 60. Fachin. 1. contr. 57. Timæ. Fab. disp. ann. 14. thes. 5. Bronch. cen. 3. assert. 78. Vult. disc. schol. c. ult. Paul. Bus. ad d. l. 45. Thulden. ad d. §. 35. Inst. de rer. div. c. 50. & quod ad praxin attinet. Groenew. in ll. abrog. ad l. certum. 22. C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Regn. ad d. §. 35.*

CAP. XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

SUPERIORE capite satis abundeque probavimus, bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo suos fecit, & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante, retinere possit, an vero omnes aut quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam τῶν νεωτερικῶν, distinguendum inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus, id est, qui nondum a solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur & restituendi sunt. *l. fructus. 44. ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id est, separatis quidem a re, qua tenebantur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse. *§. si quis. 35. Inst. de rer. divis. §. 2. Inst. de offic. jud. & Paulus l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eisdem fructus, quos percepit & percipiendo suos interim fecit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industriales, quam naturales; quoniam vel maxime & citra controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum. 22. C. de rei vind.* ubi sic rescribunt Imperatores; *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes; post autem liti contestationem universos.* Neque pollis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non

Iii

admittit

admittit huius verbi usus, utique vel ipso Donello fatente, naturales, licet a solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur Africanus in *l. quæsitum. 40. ff. de acq. rer. dom.* scribat, bonæ fidei possessorem consumptos demum suos facere, & Paulus *l. 4. §. lana ovium. 19. ff. de usucap.* consumptos vel usucaptos. Nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit tam industriales quam naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum e converso omnes consumptos tam naturales, quam industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei a conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam, ut præcedenti capite dictum est, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hosce fructus sibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obstare videtur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est eos demum bonæ fidei possessoris fieri consumptione. Respondeo falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est, geminam esse dominii acquisitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat: quale est jus mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit; item heredis in re sub conditione legata. *l. non ideo. 66. ff. de rei vind. l. generaliter. 29. §. 1. ff. qui & a quib. man.* Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis seu litis contestatæ extant, officio judicis restituere. Neque enim sublato jure, quod in solo habebat, sola ratio culturæ & curæ eum defendere potest, ut fructus retineat: sed ad hoc solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet & consequatur, ut dominus aut præmium ejus, quod impensum est, solvat; sin minus, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere. *arg. l. si a domino. 36. §. ult. de her. pet.*

Innuat hoc ipsum non obscure Paulus Jurisconsultus in *l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendi suos interim facere. Quare enim ait interim? Non aliam procul dubio ob causam, quam ut ne quis credat sola perceptione sic fieri fructus bonæ fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitio nihil commodi afferat possessori, eo quod utique si adhuc extent, domino rem suam petenti restituendi sunt; is sciat & bonæ fidei rationem hoc exigere. *l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur. l. bona fides. 136. ff. de reg. jur.* nec sine effectu esse. Prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eosque pro necessitate aut utilitate sua aut familiæ suæ distrahendi aut consumendi: cujus rei hic iterum effectus,

ut

ut domino rem suam evincti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem præstare deberet.

Plus negotii facit responsum Gaji in *l. in pecudum 26. pr. ff. de usur.* ubi Jurisconsultus ait, ea, quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum simul ut percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. pecudum.* in comparatione foetuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur. *d. l. in pecudum. §. 1.* Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter. 29. §. 1. ff. qui ex a quib. man.* ait servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis esse: quem tamen constat existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commissoria perfecta & plena est, licet conditione deficiente resolvatur. *l. 1. ff. de leg. commiss.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonæ fidei possessorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *d. l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit. Et loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei possessore loquens caute addidit particulam *pene*: quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini pene est.

Porro quemadmodum bonæ fidei possessor fructus omnes extantes restituere debet, ut dictum & plene probatum est: ita ex contrario eorum nomine quos consumpsit, cujuscunque sint generis, non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur, etiam ab iis, qui hætenus idem nobiscum sentiunt, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior? Et verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumpsit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non potest dici rem domini ad eum pervenisse, eumve ex re aliena locupletatum. *l. 1. §. 2. ff. de pign.* Quod si legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonæ fidei possessorem teneri. Imperatores in *l. certum. 22. C. de rei vind.* ajunt bonæ fidei possessorem extantes duntaxat præstare solere, quasi de consumptis inquirendum non sit. Paulus *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* ait possessorem fructus, quos bona fide percepit & consumpsit, lucrari oportere: quod utique falsum esset, si eos quatenus locupletior factus sit, teneretur restituere. Nemo enim sine lucro locupletari potest. Adhæc, quod bene notandum est, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, auctore eodem Paulo in *l. 4. §. lana. 19. ff. de usuc.* at usucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed & 25. §. consuluit. 11. l. illud quoque. 40. §. 1. ff. de her. pet.* qui scrupulus prius quam hinc discedimus, evellendus est. Quid igitur locis istis reperitur, quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis

hereditatis bonæ fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos possessor locupletior factus est. Respondemus, non eadem est in quæstione proposita iudicii universalis quod & personales præstationes habet, & singularem rerum petitionis ratio. Possessor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipsamque augent hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in restitutionem hereditatis veniant. *l. item veniunt. 20. §. 3. ff. de her. petit.* quæ omnia secus se habere constat in vindicatione rerum singularum. Nimirum cum is, qui pro herede possidet, ex falsa causa possideat, visum est senatui, non ultra possessori hereditatis consulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei consulitur, qui tenetur conditione indebiti. *l. indebiti. 15. ff. de cond. ind.* unde ex contrario etiam mitius quo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilapidaverit, aut perdidit, dum sua se re abuti putat, non teneatur. *d. l. sed & si. §. consuluit. ff. de her. petit.* vide præter allegatos *c. præc. Joan. a Sande lib. 3. rer. jud. c. 15. defin. 1. ubi in Frisia sic judicatum refert. Nicol. Thulden. in annot. ad prax. civ. Damhoud. c. 104. n. 13. Pinell. ubi sup. c. præc.* ubi ait, nunc ubique fere tantum servari formam *l. 22. C. de rei vind.* in fructibus a bonæ fidei possessore perceptis post litis contestationem, eorum qui ante percepti sunt, sive consumpti sint, sive adhuc extent, sive ex iis locupletior possessor factus sive non, rationem non haberi, insuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAP. XXVII.

*An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris
transfertur, etiam ante traditionem Publiciana
experiri liceat?*

HÆC quæstio minus trita & vulgaris, quam duæ superiores: ad cuius decisionem antequam perveniamus, more nostro præcursionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana est actio in rem prætoriam, quæ competit de re, quam quis ex iusta causa sibi traditam a non domino bona fide accepit, si ejus nondum dominus effectus possessionem casu amisit. *§. 4. Inst. de action.* Est actio in rem prætoriam: nam jure civili nulla nisi rei suæ vindicatio. *d. §. 4.* Iusta causa est, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem transiret, quod intellectum est ex verbis edicti, & nondum usucaptum petet. *l. 1. ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit. *Inst. de usuc. in pr.* cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *d. l. 1. §. ult. & l. seqq.* Bona fide accepisse intelligitur, qui eum, a quo rem accepit, aut dominum esse putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. *l. bonæ fidei. 109. ff. de verb. significat.* Traditionem latius hic accipimus, ut etiam rerum incorporalium quasi traditio

ditio contineatur, usus nimirum accipientis & patientia constituentis: nam & usus fructus & servitutum constitutarum nomine Publiciana competit. *l. si ego. 11. §. 1. ff. de public. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam sufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ sunt species & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appositionem custodis, &c. Necdum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum usucepit. *d. l. 1. §. 1. eod.* ubi Ulpianus ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam: quanquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, si forte cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonæ fidei possessoris, ommissa quæstione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quin & usu forensi receptum est, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi possit, id est, res peti jure dominii vel quasi dominii. *Oldendorp. class. 3. act. 3. Mynsing. ad §. 4. Inst. de act. n. 62. Gail. 1. obs. 62. n. 5.* Atque hæc quidem *ὡς ἐν παρόδῳ*. Transgrediamur nunc ad quæstionem propositam.

Igitur, sicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus sit, rem vel vere vel fictæ traditam esse oportet: nam cum nec sine traditione possessio transferri, nec sine possessione usucapio procedere possit. *l. 25. ff. de usucap.* consequens est & nec posse colorem quæsitæ per usucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non est. Quid ergo, an non licebit ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transferretur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etsi regulariter & jure gentium dominia rerum sine traditione non transferuntur. *l. traditionibus. 20. C. de pact. §. per traditionem. 40. Inst. de rer. div.* jure tamen civili quibusdam ex causis etiam sine traditione, veluti additione hereditatis, restitutione fideicommissi universalis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi specialis, donatione mortis causa, venditione aut donatione facta civitati, ecclesiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publice comparatis. *l. 23. §. 1. C. de SS. eccles.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam esse ab eo, qui dominus putabatur, aut ex S. C. Trebelliano alicui restitutam hereditatem, quæritur an is Publiciana experiri possit, etiamsi non fuerit nactus possessionem? Negat D. Bachovius *disput. 3. de act. thes. 18.* Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil esse, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nisi ei, qui usucapere cœpit, adeo inquit, ut auctore Jafone in *d. §. 4. n. 17.* argumentum ab usucapione ad Publicianam, & contra, affirmative & negative procedat: usucapio autem sine possessione non contingit. *l. 25. ff. de usucap.* ac proinde, inquit, cessat in casu proposito color dominii per usucapionem acquisiti, quod sit essentiale hujus actionis requisitum, ut scilicet actor intendat se usucepisse: quod utique prætereundum non possit, ubi res tradita non est, neque possessio translata. Hoc amplius, inquit, etsi D. D. vulgo existimant, quoad effectum transferendi dominii, sufficere rem traditam esse, licet vacua rei possessio tradita non sit, neminem tamen esse, qui non statuatur, opus esse vacuæ possessionis traditione, ut procedat usucapio.

Ego vero totum hoc ad eas duntaxat species pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehensione possessionis est opus: edictumque

conceptum esse de eo, quod ἐπὶ τὸ πλὺ accedit. Quibus autem ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea agi posse, ex sententia scilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit *l. 7. §. in Publiciana. 8. ff. de Public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione. Ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro a vero domino legata, aut vere hereditaria fuisset, legatario aut heredi fideicommissario competere rei vindicatio, etiam si possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res a non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hereditatis restituta, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hereditas. *l. cum sponsus. 12. §. 1. d. tit.* item de domino, cujus servus cum in fuga esset, rem a non domino emit. *l. si servus. 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit. *d. l. 25. ff. de usuc.* apparet prætensionem dominii per usucapionem quæsitam non esse hujus actionis requisitum essentielle: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expresse se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicit se rem, de qua agitur, bona fide v. c. emisisse a Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide acceperisse, petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet: quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata *d. l. 12. §. 1. d. l. 15. de publ. in rem act.* dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Hæc olim fuit Petri de Bellapertica opinio, probata Jo. Fabro *§. 3. Inst. eod. n. 12.* & Donello in *§. 4. eod. n. 4. & 14.*

CAP. XXVIII.

Ususfructus siue dividuus, an individuus?

QUÆSTIO hæc non tantum ad usumfructum pertinet, sed etiam ad cæteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu, quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest siue in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: siue in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes

partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione; veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si divides, inquit Cascellius apud Macrobius, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata. *l. 9. §. 1. ff. de solut.* Cum enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas, sed indiscretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente. Verbi causa, cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem a parte socii sui discretam ostendere. *l. 5. ff. de stipul. serv. l. Mævius. 66. §. 2. ff. de legat. 2.* Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur; quia cum divisio ac separatio corporalis sit, jam non amplius uno corpore tenentur, sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quiddam verius, quam pars sunt: verbi causa, si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt. *l. recte. 25. §. 1. ff. de verb. sign. l. 6. §. 1. ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ, nihil tamen prohibet, quominus etiam res incorporales, modo tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectu in partes pro indiviso secernantur, ut non ex eo, quod sunt natura dividuitas in his æstimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisim percipitur: cum in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hereditas, obligatio & petitio cujusque rei dividuæ, ususfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res plerasque mobiles puta servum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisim, & ita corrumpi possunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ erciscundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l. 6. C. jam. ercisc.* De hereditate, nisi testator aliter diviserit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. *§. hereditas. 5. Inst. de hered. instit. l. 13. §. 1. ff. eod. add. l. 1. §. 1. 3. & 4. ff. si pars hered. petit.* De usufructu, de quo hic ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti. *l. 5. ff. de usufruct.* pro parte nos frui posse, uti non posse. *l. usus. 19. ff. de usu & habit.* usufructum dividi posse, nec sicut cæteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse. *l. 1. §. si usufructus. 9. ff. ad leg. Falcid.* Usufructum legatum venire in in computationem legis Falcidiæ, quia divisionem recipit, adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso jure ad singulos partes pertineant. *l. si usufructus. 81. ff. eod. tit.* Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem usufructum conjunctis, aut concursu partes fiunt, aut deficientium partes conjunctis accrescunt. *tot. tit. ff. de usur. accresc.* Nec putandum est usufructum dici dividuum tantum respectu partium fundi fructuarii: possunt enim in eodem fundo indiviso partes usufructus diversæ a diversis haberi: & cum in judiciis divisoriiis cautionibus interpositis, qualiter fruantur, a communione disceditur, aut cum per legem Falcidiam usufructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores dispescitur.

l. si

*l. si cuius. 13. §. 3. ff. de usufr. l. 7. §. cum de usufructu. 10. ff. comm. div. l. & pu-
ro. 16. pr. ff. famil. ercisc.* Cur igitur servitutes prædiorum individua? *l. viæ. 17.
ff. de servit. l. 1. §. si usufructus. 9. ff. ad leg. Falcid. l. stipulationes non dividun-
tur. 72. ff. de verb. oblig.* Resp. hoc non ex eo est, quod sunt res incorporales,
ne quis erret; sed quia in solo usu consistunt, & solo utentis servitute facto, puta
euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. termi-
nantur, nullare relicta, quæ dividi possit. Ususfructus autem dividuus est, quia
licet & ipse in facto ab initio consistat. *l. un. ff. quand. dies usufr. leg.* facto tamen
solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem
rei utilitatem; qui fructus cum dividi possint, etiam jus eorum percipiendorum di-
viduum habetur: quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem
& prædiorum servitutes divisionem per tempora, sed ita usus servitutum non dividitur,
sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute. *l. 5. §. 1. ff.
de servit. & est tantum modus adjectus toti sive usui totius. l. arbor. 19. §. ult. ff.
comm. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis ususfructum, quam usum di-
viduum dici posse, cum usus, ut disputat Hotomannus *illustr. quæst. 20.* sit pars
homogenea ususfructus: usus autem cujusque semper in solidum est. *l. usus. 19.
ff. de uf. & habit. l. 5. §. ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus assu-
mit, usum formalem sive separatum, partem esse sive homogeneam sive heteroge-
neam ususfructus: & partium illa in similes dissimiles distinctio propria est par-
tium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quam ususfructum dividuum esse,
& partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quam parvus quidam usus-
fructus. Sed & hoc quoque falsum est: nam ususfructus continet omnem utilitatem,
quæ ex re percipi potest, usus solo eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Ni-
hil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul,
quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur
ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire pos-
sunt: nam fruimur etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respicitur, sed
tantum ad indigentiam personæ usuarii, cujus solo facto & consumptione usus termina-
tur, nihil relinquens, quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prædiorum.
Plures in eundem ususfructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non
possunt: qua enim ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communio-
nem. Hinc est, quod usus amissus semper ad proprietatem redit, ususfructus amissus
ad conjunctum. *tit. ff. de usufr. accresc.*

Exemplo res fiet illustrior. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis
legatum esse, quæ vel decem satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat.
Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quis-
que usum solidum & distinctum. Contra est, si hic ususfructum pluribus legatum
esse ponamus. Nam unius rei possunt plures esse usus, quia nihil impedit, quominus
quisque, verbi causa, tantum lignorum cædat, quantum ei sufficiat ad usum & con-
sumptionem quotidianam. Ususfructus autem non nisi unus ejusdem rei esse potest,
cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in solidum fruantur, & singuli omnem
fructum atque utilitatem percipiant. Si equi ususfructus duobus legatus sit; equus
locari potest, & pensio inter utrumque dividi. *l. 7. §. cum de. 10. ff. comm. div.* Si usus
equi

equi legatus, locari nequit, sed tantum uterque ad suam necessitatem equo uti potest. Quod si uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia sua, apparet eos in usu concurrere non posse: nec ita igitur res transigetur, ut *d. l. 7. §. 10.* sed necesse erit uni soli usum adjudicari, & hunc alteri in præstationem æstimationis partis condemnari. *l. item. 10. §. 1. ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi. *arg. l. arbor. 19. §. ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter necessitatem. *d. l. 10. §. 1.* Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. si cum duorum. 32. ff. de stip. serv.* Non obstat, quod apud Ulpianum legimus, si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu. *l. per servum. 14. §. 2. ff. de usu & habit.* quoniam in tali specie ita concurrat cum usuario fructuarius, ut percipiat, quod usuario supererit, & ipse interim etiam fruendi causa usum habeat, seu usum causalem, qui fructui semper inest. *l. si alii. 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod vero generaliter traditum est in *l. stipulationes. 72. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum cæterasque servitutes divisionem non recipere, id ad usum fructum non pertinet, sed eo sensu dictum est, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolute ita nominantur. *§. ult. Inst. de usu & habit. l. 4. & passim. ff. de servit. D D. comm. ad d. l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. oblig. Gomez. 2. resol. 10. n. 18. Castill. tract. de usufr. c. 31.* Dissentit Hotom. *quæst. illustr. c. 20.* cujus objectionibus facile ex iis, quæ a nobis disputata sunt, occurrere potest.

CAP. XXIX.

An testator possit fructuario remittere partem cautionis fructuaria, quæ est de re finito usufructu restituenda?

JUS est usufructuario rebus alienis utendi fruendi, sed salva rerum substantia, id est, dum ita utatur fruatur, ut rem salvam servet domino. Quapropter, ut dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usum se boni viri arbitratur, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit. *l. 1. & tot. tit. ff. usufr. quemad. cav.* quæ cautio satisfactio est, id est, cavere debet fructuarius datis fidejussoribus. *l. 13. pr. ff. de usufr. l. 4. C. eod.* habet autem ista stipulatio duas causas, propter quas interponitur, unam de usu alteram de restitutione; quarum prior sæpius committi potest, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: posterior semel duntaxat, usufructu scilicet quoquo modo finito. *d. l. 1. §. pen. usufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium. *d. l. 13. ff. de usufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. usufr. quem. cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum. *l. 6. §. non autem. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ; item eo, cui usufructu pure legato proprietates ex die debetur, ex edicti nimirum sententia, quia certum est proprietatem ad eum perventuram. *l. 9. §. ult. ff. usufr. quem. cav.* Interpretes & fiscum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. si ad fiscum. 18. ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos. 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quasi usufructu cautio a fructuario præstanda, (quæ & ipsa satisfactio est) nimirum se cum morietur aut capite minuetur, restitutum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis consumptis fieri non potest, sed tantundem, aut eo-

K k k

rum

rum æstimationem. §. 2. *Inst. de usufr. l. 7. ff. de usufr. ear. rer. que us. conf.* nam clausula de utendo boni viri arbitrato ad quasi usufructum pertinere non potest, ut recte Castillo *tract. de usufr. c. 15. n. 13.* In utroque autem usufructu & vero & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr. l. 6. ff. ut in poss. legat. Gail. 2. obs. 145. Castill. d. tract. c. 15. post DD. in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta a testatore non vitiari legatum ipsum usufructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usufructum petere posse. *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *resol. ad Inst. lib. 2. tract. 2. quest. 26.* idque duplici, sed utroque inepto & futili argumento. Primum petatum est ex *l. 7. pr. ff. usufr. quem. cav.* ubi Jurisconsultus ait, si res usufructus nomine non exacta satisfactione tradita sit, posse heredem rem vindicare, & si objiciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere, & si testator cautionem non remisit; neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minime obscura, sed plana est, nempe si heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, posse eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re usufructus nomine tradita, nisi paratus sit satisfacere, replicatione doli mali remove. Alterum argumentum Hunnii est, quia quicquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usufructum, sed contra legem facit remittendo cautionem: quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita est, sed tantum quatenus legitimum modum excedit. *l. sancimus. 34. C. de donat.* Cæterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem istam a testatore remitti non posse, merito dubites. In quasi usufructu quoniam proprietas transit in fructuarium, nec fructuarius præstat cautionem de re boni viri arbitrato utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituendo tantundem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda. *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.* Ratio est, ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius: quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem duntaxat, scilicet quantitatis conditionem. *l. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperiat. At in vero & proprio usufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitrato utatur fruatur; deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam quidem cautionem testator remittere non potest. *l. pen. C. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, arg. *l. si unus. 27. §. 3. ff. de pact.* tum etiam quia hic heres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est. *l. 13. §. 2. vers. denique. ff. de usufr.* cæterum quæ heredi inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituenda: quia etsi ea omissa sit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam finito

finito usufructu vindicet. *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur. ff. usufr. quem. caveat.* & sic potest testator prohibere ne legatarii aut fideicommissarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommissi. *l. 1. pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in possess. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisfactionem de re finito usufructu restituenda, sed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitrato. Ita meminisse disputare solitum virum clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum CUNÆPIÆ memoriæ.

CAP. XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

SICUT prædia vel urbana sunt, vel rustica, ita & servitutes, quæ iis inhaerent, vel urbanorum prædiorum sunt, vel rusticorum; sic enim a subjectis servitutes distinguuntur. *l. 1. ff. de servit.* Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager. *l. fundi. 211. ff. de verb. sign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etsi in villa ædificata sunt. *l. 1. ff. comm. præd. §. 1. Inst. de serv. præd.* Quæ igitur locis puris inhaerent, prædiorum rusticorum servitutes sunt, quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: distinctione scilicet non a loco sumpta, sed a materia vel genere prædii. *l. fundi. 166. l. urbana. 198. ff. de verb. sign.* Sunt tamen, qui a fine sumptam putant, & ea sola ædificia urbanorum prædiorum numero esse, quæ habitandi causa parata sunt, horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur. *Cæpoll. de servit. urb. c. 11. n. 2. Mynf. Wesenb. Vult. ad §. 1. Inst. d. tit. Bronch. cent. 1. ass. 95.* Sed male mea quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim unum e dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda statu ventis opus sit, celsisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, in quem alium tignum immittatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius *l. 2. ff. de servit. præd. rust.* licere altius tollere & officere prætorio vicini servitutem esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatim ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse cæteri omnes fatentur. Resp. Neratium illic suo arbitrio loqui, non considerato juris effectus. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectus juris; qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in investis

& illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invecitis & illatis in prædium rusticum a colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam quæ non sunt in continentibus ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio *d. l. 4. §. 1.* Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur. arg. *l. urbana. 198. ff. de verb. sign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum viginti quinque annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari. *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est. *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia a fine & usu distinguuntur, & rustica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificatæ: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum redditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur. *d. l. urbana. ff. de verb. sign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujacius 7. *obs. 24. & Gædd. ad d. l. urbana.* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco eodem, ut prædia ipsa, distingui possunt, quod fecit Neratius *d. l. 2. ff. de serv. præd. rust.* At cum quæritur de vi & effectū juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pign. l. 5. §. & belle. 9. l. 14. ff. de op. nov. nunt.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subiectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subiectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra, loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati prædia rustica, distinctione subiecti ad naturam servitutum, accommodata. Idque contra Cæpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius bene observavit ad *§. 1. Inst. de servit. præd.* Non obstant iis, quæ diximus *l. 7. §. 1. l. iter. 14. ff. comm. præd. l. servitutes. 20. §. 1. ff. de serv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod fere debetur per arcem, quæ hic instar fundi habet: neque etiam ad iter, quæ debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imo magis est impedimento. Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum transductum vocat servitutem prædii urbani, quæ tamen & ipsa revera rustica est, si de & vi effectū juris, de quo supra diximus, quæritur. & servitutum distinctio non are, quæ debet servitutem, sed ab ea, cui debetur, sumitur. *l. 1. §. & datur. 43. ff. de acq. cott. & act.* Denique sublato ædificio huiusmodi servitus adhuc præstari potest.

CAP. XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

SERVITUDES, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt. *l. servus. 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. servitudes. 14. ff. de servit. l. si aliena. 10. §. 1. ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non ita sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitudes vere possidentur, lex Scribonia denuo harum usucapionum, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, sustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitudes, quam rusticorum usucapi potuerint. *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. 10. §. 1. eod. d. l. 14. ff. de servit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitudes non usucapiantur. 1. quia incorporales sunt, ac proinde nec possidentur. 2. quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem. Atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat usucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.

Et si autem servitudes usucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo Italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter absentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jure impositæ, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si serv. vind. l. 1. in fin. ff. de acq. & acq. plur. arc.* Atque eo pertinet *l. 2. C. de serv. & acq.* ubi Antoninus ait, servitudes tempore acquiri, exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione decem annorum. Non enim de usucapione servitutis Imperator loquitur; sed de præscriptione, quæ non directam, sed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur de usucapione servitutis, sed de præscriptione, quæ longi temporis consuetudine vicem servitutis obtinet. Porro decem annorum usu qui pro possessione est, omnes servitudes acquiruntur: generalis enim est definitio *d. l. 10. ff. si serv. vind. d. l. 1. in fin. ff. de acq. & acq. plur.* Ac proinde rejiciendum est discrimen inter servitudes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præscribantur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit. *d. l. servitudes. 14. ff. de servit.* possessio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur. *§. 5. Inst. de interdict. l. 3. §. sed & 7. ff. de acq. poss.* Nam quod istis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam a Justiniano usucapionem, & usucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitudes tam usucapione, quam præscriptione acquiri recte defendi potest,

rest, usucapione videlicet Justinianeae, arg. *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transform.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Ajo per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt. *l. 10. §. 1. ff. de usuc.* sed uno duntaxat modo, quo scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitus usucapitur, quam prædium; quod usucaptum suæ conditiones sequuntur. arg. *l. via. 23. §. 2. ff. de serv. præd. rust. l. traditio. 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo a non domino prædii, quem tamen dominum esse credebamus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus. Qui modus cum rerum corporalium usucapione seu præscriptione communis est. Ac de hoc modo accipienda est *l. ult. C. de long. temp. præscr.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessionis initium est a non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in usucapione rerum corporalium. *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi simus. Nimirum quia hic initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini, a quo possessionis initium profectum est, requirimus; titulum autem non item: quoniam si etiam titulus adesset, puta si dominus prædii mihi servitutem constituisset & tradidisset ex causa venditionis, donationis, &c. servitus statim citra præscriptionem pleno jure acquireretur. per *l. nunquam. 31. pr. ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem. 40. Inst. eod.* Ad hunc posteriorem modum pertinet *l. si quis. 10. ff. si serv. vind.* Si quis, inquit ibi Ulpianus, diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario, possedisse. Displicet quidem hæc sententia Francisco Duareno *lib. 1. disp. c. 34.* ubi verba illa Ulpiani, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia, ei qui ita aquæ ductum nactus est, recte servitutem quæsitam videri, quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id eum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam, &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipse exemplo declarat, se verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit, ac si dixisset, non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus, non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, verba non patiuntur: potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, a quo servitutem jure constitutam nemo dixerit. Quod si a domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Jurisconsulti sententiæ, qui quæstionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui a domino prædii servitus legata est, is eam statim a principio sibi recte constitutam habet. Similis locus superiori est in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluvi.* ubi idem Juris-

con.

consultus definit, in servitutibus hoc nossequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutem, qui diu usus est nec vi, nec clam, nec præcario. Non invenitur servitus imposita, cum non invenitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt causæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Jurisconsultus hoc jus nos sequi in servitutibus, quo significat hoc esse servitutum proprium, & in eo esse aliquid diversum ab usucapione & præscriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium esset servitutum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigeremus. At denique longa consuetudine servitutem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec præcario: quibus verbis exigitur, ut usus sit domino prædii sciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini usucapionem sive longi temporis præscriptionem non impedit. *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Denique idem plane significatur in *l. 2. C. de serv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si quis per fundum sciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non potest hoc sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam si eum habeat a domino, statim illi servitus quaesita est: si a non domino, procedit longi temporis præscriptio etiam vero domino ignorante. *d. l. ult. C. de long. temp. præscr.* Unde etiam liquet illa Imperatoris Antonini verba in *d. l. 2. servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*, continere duntaxat comparationem servitutum & rerum immobilium ratione temporis quo per possessionem acquiruntur; non autem simplicem & respectu omnium conditionum: ut hic sit sensus, quemadmodum res immobiles soli provinciales (loquitur enim Imp. non de usucapione rerum soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de longi temporis præscriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis possessione quaeri possunt, ita posse & servitutem aquæductus acquiri, si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum contra communem urget Corasius in *l. servitutes. 14. n. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ult. C. de usuc. pro herede.* aut similibus locis quibus traditur, nullo iusto titulo præcedente possidentes dominium quaerere prohiberi; usucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usucapionis verba, quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi iusto titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit a non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium. *l. ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi inepte, ut supra ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. plu. in servitutibus hoc nos jus sequi, &c.* nimirum in servitutibus solis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipsis prædiis. Ne quis autem captet, quod supra diximus, scientiam & patientiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco tradi.

traditionis, atque inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione: is cogitet hic abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditionem non statim servitutem nostram fieri. *arg. l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* sed hoc tantum esset ut locus sit præscriptioni. vide *Baldum de præscr. p. 2. q. 2. n. 1. quart. part. princ. Co. var. 1. var. resol. c. 17. n. 7. Costal. in l. 10. ff. si serv. vind. Castill. tract. de usufr. c. 68. n. 16. Fachin. 8. contr. 22. & in primis Donell. 11. comm. 12. Dissent. Duar. 1. disp. 34. Hotom. 8. obs. 11. Coras. loco supra allegato. Rævard. ad leg. Scribon. c. 7. quorum singulorum argumentis ex professo occurrit Schifordeger. lib. 1. tract. 6. quest. 1. & seqq.*

CAP. XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

CERTI atque explorati juris est, fructuarium posse usum fructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypothecæ dare, etiam invito proprietario, & si velit proprietarius cum creditore agere, non esse ei jus uti frui invito se, prætorem exceptione tueri creditorem. *l. 11. §. pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem usus fructus prætor tueatur, ducto scilicet argumento a majori. *l. 9. §. 1. ff. eod.* Est & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat. *l. ult. ff. de usur. l. fructus. 72. ff. de reg. jur.* Non obstat *l. 6. C. de usufr.* quia non loquitur de oppignoratione usus fructus, sed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in *d. l. 11. §. ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eandemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc. 1. quia servitutes prædii, sunt prædii qualitates. *l. quid aliud. 86. ff. de verb. sign.* prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes, ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis. Ac proinde non nisi oppignerato simul prædio oppignerari possunt. Sicuti nec vendi possunt sine prædio: quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur, transferuntur. *l. traditio. 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent. 33. §. 1. de serv. præd. rust. Bronch. cent. 2. ass. 75.* Prædio autem ipso oppignerato datur creditori petitio servitutis prædia jam ante impositæ, non quidem directæ, sed utilis; sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur. *l. ei qui. 16. ff. de pign.* 2. Quia hæc oppignatio servitutis esset inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ; neque prædio creditoris; quoniam quæ servitus meo prædio debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutem meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem. *l. ex meo. 24. ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali; ea non potest alteri oppignerari: Cæterum, possum prædio meo rustico servitutem impo-

imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam debitam ei solvero. *l. sed an vie. 12. ff. de pign.* qui textus uti de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis, quia in his diversa ratio est, nempe quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui, quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constitui non potest. *l. 4. ff. de servit.*) sed prætor eam tuctur ob utilitatem contrahentium. *d. l. 12. in fin. ff. de pign.* quemadmodum & alias multa tutione prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent. *d. l. 4. ff. de servit. l. 2. ff. comm. præd. l. si unus. 27. §. 2. ff. de pact. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de oblig. cum similib.* Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus tam urbana, quam rustica constitui potest ipso jure. *l. pen. §. 1. ff. de contr. empt. l. 3. §. 2. ff. de act. empt. l. 6. §. 5. ff. eodem.* quibus locis abutitur Cujacius 15. obs. 6. ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantum agatur de causalibus, ut Doctores nostri loquuntur, id est, de constitutendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod Cujacius pro vero ponit servitutes constitutas posse precario dari, per *l. 3. ff. de prec.* nam illic non agitur de servitute constituta data precario a domino prædii dominantis, sed precario rogata a domino prædii servientis: & hic non tam jus aliquod reale constitui videtur, quam personale. Multo minus idem colligi potest ex *l. 8. §. 5. ff. eod.* quippe quæ non de servitute precario rogata loquitur, sed de servitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, servitutes formales, id est, jam constitutæ, sive sint rusticæ, sive urbanæ, pignori dari non possunt: quia sine injuriâ domini prædii servientis efficere non possum, ut servitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris. *fac. arg. in l. servitutes. 20. §. stillicidium. 5. ff. de serv. præd. urb. l. ex meo. 24. de serv. præd. rust. l. non debet. 74. de reg. jur.* At potest servitus prædii rustici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris causa ab initio constitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non soluta, liceat creditori eam alii vicino vendere. *d. l. 12. ff. de pign.* quia hic nulla sit injuriâ domino fundi servientis, qui ipse sibi hanc legem dixit. In servitutibus autem urbanis, licet eadem lege constituantur, idem receptum non est. *d. l. 11. in fin. ff. eod. junct. d. l. 12.* Ratio differentiæ est, quia unum & idem prædium rusticum eandem servitutem per eundem locum pluribus prædiis præstare potest. *l. qui per. 15. ff. comm. præd. l. 2. §. 1. ff. de serv. præd. rust.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui servitus ab initio constituta est. Jam vero non satis est ad hoc ut pignus servitutis sit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita constituta servitus: sed etiam necesse est, ut hujusmodi pignus possit distrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l. 12.* in hac conventionione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat; verum etiam, ut illud in conventionione adjiciatur, ut si pecunia ad diem constitutum soluta non fuerit, liceat creditori servitutem ita sibi pignoris jure constitutam, alteri, vicinum item prædium habenti, vendere. Quippe sine quo pignus esset inutile. *l. 4. ff. de pign. act. l. mulier. 11. C. de distr. pign.* At qui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi causa concessum est jus tigni immittendi, aut stillicidii, &c. non est alius vicinus, cui ea

servitus usui esse possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis ædibus in eandem partem immittendi ullus est usus utilitalve: ac consequenter id certe alter vicinus nunquam empturus est; & alius non vicinus emerit etiam frustra. Fingamus Titium, cum ædes depressas, interjectas inter ædes Gaji & Sempronii haberet, pignoris causa constituisse servitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc servitus etiam utilis esse Gajo qui eam propterea empturus sit? Nego Gajum empturum: quia & sine emptione idem consecuturus est. Urbanæ ergo servitutis pignus inutile. At vero jus prædii rustici alii vicino distrahi potest, & is forsan magno id redempturus est, cum possit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos suos. *Molin. extric. labyr. de div. & ind. p. 3. n. 311. usque ad n. 360. Ant. Fab. 19. conjec. 6. & 7. Salmas. de mod. usur. pag. 547. Christin. vol. 2. decis. 177. n. 12. add. Cujacium 15. obs. 6. Duar. 2. disp. 3. qui nec in totum nobiscum sentiunt, nec in totum a nobis dissentiunt, nec ipsi inter se conveniunt.*

CAP. XXXIII.

An is, in cujus adibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad refarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locatio locatori?

HÆC quæstio ut expediatur, sciendum est, incendia aliquando ad casus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod a fulmine excitatur, aut a grassatoribus & incendiariis immititur, id inter casus fortuitos numerari debet: ac proinde hoc ab inhabitantibus præstandum non est, neque actione locati, in qua culpa tantum levis. l. 5. §. 2. ff. commod. neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa levissima venit. l. 44. ff. ad leg. Aquil. & omissio quoque ac negligentia (quanquam non simplex l. 13. §. 2. ff. de usufr. sed quæ admittitur in facto præcedente aut concurrente, unde damni causa. l. si servus. 27. §. si fornacarius. 9. l. quemadmodum. 29. §. 4. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea. 6. Inst. eod. & ibid. Diod. Thuld c. 7.) casus autem fortuiti non veniunt. §. 3. Inst. d. tit. quippe qui nec ullo in iudicio & a nemine præstantur. l. si ex legati. 23. ff. de verb. obl. l. 6. C. de pign. act. l. contractus. de reg. jur. & ita cape locos in l. si quis. 9. §. 3. l. ex conducto. 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inst. de empt. & vend. & simil. Incendia autem intrinsecus orta cum culpa conjuncta esse solent, & ideo inter casus fortuitos non numerantur, sed exorta esse præsumuntur culpa inhabitantium. l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend. Quando autem culpa seu negligentia præcedit casum, sola culpa spectatur, non casus. l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus. 52. §. 3. ff. pro soc. l. 1. §. 4. in fin. ff. de oblig. & act. quamvis quod negligentia sit, etiam casu fieri interdum dicatur, & casus ponatur pro negligentia. l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. 5. §. ult. l. 11. §. 2. ff. de pæn. quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præsumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata esse, hinc efficitur, ut nisi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis juris, ut secundum hanc judicetur, nisi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe

quippe hic onus probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur. *l. 9. l. 12. l. si chirographum. 24. & l. seq. ff. de probat. l. 16. C. eod. C. requisivisti. 5. ext. de testam.* Itaque ego hætenus adduci non potui, ut verum esse credam, quod D. Andreas Gail. *lib. 2. obs. 21. n. 4.* & ibi allegati pro vero ponunt, necesse esse ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari posse propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præsumptio sit adversus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptionis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnium quoque & singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium ab iis habitum fuisse, aut extrinsecus immissum, sententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, nisi speciatim de sua diligentia doceat. *l. 11. ff. de per. & comm. rei vend.* aut si plures sint inquilini, æque principales pro indiviso, omnes. *arg. l. ita vulneratus. 51. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione satis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis factum dicitur in *l. 6. §. ult. ff. naut. caup. stabul.* id quidem verum est in casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi causa ubi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt etiam repentini hospites & viatores, quorum culpam non præstat, etiamsi se innoxium esse non probaverit. *d. l. 6. §. penult.* sicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam excercet, factum præstare debet, & in duplum eo nomine tenetur. *l. ult. §. 1. d. tit.* etiamsi ipse extra culpam sit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum præsertim tali in loco utitur, *§. ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex del.* quippe cum etiam publica hic spectetur utilitas, dum securitati prospicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad casum nostrum pertinet, ubi paterfam. omnium suorum factum præstat, extra quam si doceat, se in custodiendo igne, eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in *d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam si adhibuerit, utcunque certæ personæ negligentia incendium ortum esse demonstretur, quam circumeundo & inspiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad sarcinendum damnum non tenetur. *d. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* Nam si is, cujus culpa arguitur, servus est, liberatur dominus noxæ deditioe; si liber, ipse tenetur: quia certis tantum casibus simpliciter & præcise culpam suorum paterfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in asciscendo perduto aut dissoluto. *l. si servus. 27. §. si fornacarius. 9. ff. ad leg. Aquil.* aut si famuli, quorum ministerio navem, cauponam, stabulum excercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederint. *l. ult. pr. ff. naut. caup. stab.* velleo in actu deliquerint, cui specialiter præpositi. *l. 1. §. ult. ff. de publican. & vectig.* vel ex coenaculo ejus quid dejecerint, &c. *l. pen. §. 2. ff. de his qui effud.* quanquam hic, si servus id fecit, noxæ deditioe dominus defungitur. *l. 1. l. 5. §. 6. d. tit.* Extra hujusmodi casus culpa familiæ dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit. *d. l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomannus *lib. 5. obs. c. 10.* pro eo, quod vulgo & in ipso quoque codice Pisano legitur, *cum incendium sine culpa fieri non possit*, legendum putet dempta negatione, *sine culpa fieri possit*, nihil demi necesse est. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. quia & casu fortuito incendium accidere potest. 2. quia alias sibi contradiceret Jurisconsultus, qui

mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, id est, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipsis ædibus exorto, non de igne coelitus immisso aut ab incendiariis excitato: non posterior quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur; deinde specialiter de solo patrisfam. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri sine culpa patrisfam. Quod & Cujacius lib. 17. obs. 29. observavit.

Hinc jam dependet quoque decisio quæstionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori, ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam si venditor insulæ ante traditionem combustæ nomine damni facti tenetur ex empto, nisi de diligentia sua probaverit: l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. tenebitur utique & ædium conductor sive inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem se esse demonstraverit: quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur. Atqui, ajunt plerique, etsi incendia præsumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissimæ tantum culpæ præsumptio est, quam conductor ex natura contractus non præstat. d. l. 5. §. 2. commod. Respondeo, nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, tenetur. Sed neque Jurisconsultus in l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. ait incendia præsumi fieri tantum culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolute: quoties autem verbum culpæ absolute ponitur, in usu juris nostrifere non alia, quam levis culpa significatur, d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. gest. l. 5. §. 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe. 35. ff. de pos. l. socius socio. 72. ff. pro soc. l. in rebus. 17. ff. de jur. dot. & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositum indicatur, verbo diligentiae, aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. 23. de reg. jur. l. cum res. 47. §. pen. de legat. 1. & uno tantum loco verbum levissima expressum reperitur, nempe l. 44. ff. ad leg. Aquil. Quinimo juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiae. l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium. 28. §. incendiarii. 12. ff. de pæn. Denique nec Glossa in §. præterea. Inst. de obl. quæ re contr. id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam duntaxat, cujus nomine agi non possit: verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit Glossa, sine auctoritate & ratione locuta est; ita Fachin. lib. 1. contr. c. 87. Moller. lib. 4. semestr. c. 31. ubi ita judicatum refert in consilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. decis. Neap. 3. & receptum in scabinatu Lipsensi. vide & Joan. a Sande lib. 3. tit. 6. defin. 9. Dissentiunt comm. D D. Mynsing. 6. obs. 88. Gail. 2. obs. 21. Thulden. comm. ad Inst. tit. de leg. Aquil. c. 8. Matth. de Afflic. decis. 57. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis sentiunt.

CAP. XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo 30. annorum præscriptione tollantur? & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?

JUDICIA finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, passim in jure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet. *l. in tribus. 13. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter coheredes. 44. §. qui familiæ. 4. famil. ercisc. l. judicium. 10. ff. fin. regund. eodemque sensu alibi dicuntur mixta. l. actionis. 37. §. 1. ff. de oblig. & act. Longe vero alio sensu hæ actiones mixtæ dicuntur, sive mixtam causam obtinere a Justiniano, §. quedam actiones. 20. Inst. de action. nempe quod partim in rem esse videntur, partim in personam: aut utique ita in personam, ut tamen fine & effectu non nihil commune habeant cum actionibus in rem. *l. 1. ff. fin. regund. junct. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Judicium familiæ erciscundæ redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes sunt extra causam hereditatis. *l. 1. ff. fam. ercisc. l. 1. l. 2. ff. comm. div.* Finis utriusque judicii, 1. ut recedatur a communione, & suam quisque partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, quæ sunt præstationes personales. *l. item Labeo. 22. §. pen. famil. ercisc. d. l. 2. §. 1. comm. div. l. quibus casibus. 34. ff. profoc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, confines restituatur, quod quis ultra istos fines habet. *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg.* quo posteriore aspectu & hæc actio pro rei vindicatione est. *l. 1. eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, docet nos Justinianus in §. si familiæ. 4. & 2. seqq. *Inst. de offic. judic.**

Est porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur. *l. 7. C. de pet. hered. l. 3. C. de præscr. 20. annor. l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* ubi Justinianus inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatio finire, nominatim etiam recenset hæce tres familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quanquam hæc pure personales non sunt, sed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præscriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus consortibusve possidet: tunc enim alter, qui non possidet, post 30. annor. curriculum has actiones movere non potest, & ita capienda loca modo adducta. Quod si duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem singularem communem possideant, etiam si per 30. annos in hac communione manserint, potest alter adhuc eorum, qui ditiùs in communione permanere non vult, ad divisionem provocare, atque eo nomine supra scriptis actionibus experiri. Ratio est, quia ne pacto quidem effici potest, ut nunquam

liceat a communione recedere. *l. in hoc iudicium. 14. §. 2. ff. comm. div. l. ult. C. cod. l. nulla. 70. ff. pro soc.* Quod autem nulla conventionem effici potest, id nec ullo temporis lapsu fieri debet. Est & altera ratio, nempe quod nulla hoc casu negligentia, in qua fundantur præscriptiones, intervenire potest. Nam quamdiu stamus in communione & simul possidemus, alter alterum pro consorte aut confini habet & recognoscit, eoque præscriptio currere non potest: siquidem singulis pro indiviso possidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem usucapiat, aut alterum lapsu temporis ob negligentiam excludat. Afferit & aliam rationem D. Bronchorstius *cent. 2. assert. 14.* post Costalium in *l. 1. ff. fam. ercisc.* quod præscriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natae sunt: actionem autem familiae erciscundae, &c. non ante nasci, quam coheredes ad divisionem hereditatis provocare coeperunt. Quod dicit præscriptionem non currere nisi postquam actio nata est, verum est: sed falsum & ridiculum, quod ait, tum demum nasci actionem familiae erciscundae, quando coheredes a communione discedere volunt. Imo nisi jam ante nata esset ex communione inter eos constituta & quasi ex contractu *§. 3. & 4. Inst. de oblig. quae quas. ex contr.* frustra eam intentarent aut provocarent ad divisionem. Et quæso qualis hæc collectio est, discedere a communione volentibus datur actio familiae erciscundae, *l. 1. ff. fam. ercisc.* ergo eodem demum tempore nascitur? Si ista collectio bona est, etiam hæc bona erit, volenti repetere depositum, commodatum, &c. datur actio depositi aut actio commodati, ergo non ante actiones istae nascuntur, quam volet repetere: & in universum dicendum erit, nullam actionem prius nasci, quam cum quis ea experiri volet: nemo enim nisi volens agit. *tit. C. ut nem. inv. ag. vel. accus. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus possidet, contra alios procederet præscriptio, quamdiu ad divisionem non provocarent: cuius tamen contrarium ipse quoque Bronchorstius asserit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu singuli confinium vel heredum aut sociorum communiter possident, & alter alterum ut confinem, coheredem, consortemve agnoscit, nullam hic dari superiorum actionum præscriptionem, propter rationes supra memoratas. 2. Ubi unus tantum possidet, triginta annorum silentio easdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Sed duo hic nobis obijciuntur loci. Primus est *l. pen. C. fin. reg.* ubi imperatores ajunt, submotam esse quinque pedum præscriptionem in iudicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præscriptione, quantumvis longissimi temporis actionem de finibus regundis posse toli. Verum longe aliud est, quod Imperatores ibi significant & constituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabular. & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros spatium quinque pedum relinqueretur a cultura vacuum, ut illac ire sine alterius incommodo agri colendi causa, & aratrum circumducere uterque dominus posset. Hoc spatium appellatur gradus in *l. 3. ff. de term. mot.* neque id spatium usucapi aut præscriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teste Cicerone *lib. 1. de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujusdam facultatis quinque isti pedes inter confines agros inculti relinquebantur. per *l. 2. ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imperatores in *d. l. pen. C. fin. regund.* confirmarunt. Quod

Quod si vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus est judicio finium regundorum, nisi ea actio triginta annorum præscriptione sublata sit, nempe si tam diu vicinus fines limitesque agri sui quiete & sine interpellatione judiciali possederit, de qua re bene & docte differentem vide Andream Alciatum *lib. de quinque ped. præscript.* Alter locus est *l. 2. §. cum Stichum. 6. vers. sed si fundus. ff. proempt.* cui geminus in *l. qui fundum. §. 1. ff. eod.* ubi ex contrario litatui videtur actioni finium regundorum etiam longo tempore præscribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic responsio est, nempe casum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore possidet, nunquam fuit confinis, sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu cum non de finibus regundis lis sit, sed de proprietate partis fundi, procedit usucapio seu longi temporis præscriptio.

Quid vero si aliquis bona fide iustoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possederit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possedit, dicendus est usucepisse aut longi temporis possessione quævisisse? Respondeo, ne hoc quidem dici posse ex iis, quæ jam dicta sunt, satis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide, possidet, ita tamen eam possidet, ut personali live mixta actione communi dividundo, familiæ erciscundæ, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum præscriptione tolli supra demonstratum est. Imo nec petitioni hereditatis breviori spatio præscribitur, quæ tamen in rem actio est, & tantum ob præstationes personales, quæ non officio judicis, sed jure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur. *l. 7. C. de petit. hered.* Non obstat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis est, propter naturam personalis aut mixtæ actionis: siquidem bona fides possessoris live rei conventi efficere non potest, quominus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet. per *d. l. 7. C. de petit. hered.*

CAP. XXXV.

Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ judicio dividenda hereditas?

INSTITUTO forte inter fratres familiæ erciscundæ judicio quæritur, quomodo divisio a iudice expedienda sit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero solius iudicis arbitrio facienda sit? Priorem sententiam amplectuntur Canonistæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posteriorem plerique Legistarum live interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus: quæ & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam, mox visurus an quid secus jure Canonico constitutum sit. Igitur posterior illa quæ legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod ubi semel iudicis officium implorari cœpit, & causa in iudicium deducta est, quicquid illud est, quod in iudicio illo continetur, cognitioni iudicis permittendum & relinquendum sit. *l. ædiles. 25. §. item sciendum. 8. ff. de ædil. edict.* Iudicium autem familiæ erciscundæ non aliam ob causam instituitur, quam ut iudex res singulas pro sua animi religione singulis heredibus adjudicet, utique si res ipsæ sine incommodo dividi non possint. Unde

Unde in hoc iudicio dicuntur fieri adjudicationes. Quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum iudex eum, cuius pars præponderat, vicissim in certam summam pecuniæ condemnare debet ei, cuius pars minor est, ut æqualitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes. §. 4. *Inst. de offic. jud. l. Mævius. §. 2. l. si familiæ. §. 5. ff. fam. ercise.* Nulla hic divisio uni e coheredibus, nulla electio alteri permittitur. *Fac. l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones. 20. Inst. de actionib.* Frustra autem hic objicitur *l. un. C. de hñ qui se defer. lib. 10.* quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & fisco nuncianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligatur, sciendum est, cum heres clam fidem suam accommodat, puta per domesticam cautionem vel chirographum ut hereditatem incapaci restituat, hoc dici fideicommissum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fisco. *l. in tacitū. 103. ff. de legat. 1. l. in fraudem. 10. ff. de hñ quib. ut indign. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fisco. l. 1. C. de delator. lib. 10.* Quo autem magis de hujusmodi tacita fideicommissa fisco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari; & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ denunciarunt, ferre, veluti quartam aut octavam. Qui vero se ipsos, siquidem sit heres, a quo tacite fideicommissaria hereditas relicta est, incapaci, pro præmio tertiam partem assis accipere: si is, cui ipsi tacite relicta, profiteatur se capere non posse, dimidiam ei partem præmii vicem dari. *l. editio. 13. l. pen. ff. de jur. fisco. d. l. un. C. de hñ qui se defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio, provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quisque se ipsum deferat, eo majore quoque præmio invitandum esse: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommissario, quam heredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommissum relinqueretur, propterea quod & ipsa ex lege Papia decimaria incapax esset. *l. ult. pr. ff. de hñ quib. ut indign. junct. l. 2. C. de infirm. pæn. colib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Constantinus in *d. l. un. C. de hñ qui se defer.* uxori semetipsam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis, divisione a fisco facta loco præmii concessit. Quid vero hoc ad divisionem a iudice faciendam inter coheredes de dividenda communi hereditate iudicio familiæ erciscundæ contententes, ubi tota res cognitioni & divisioni iudicis permittitur? Neque vero, hic sive par sive inæqualis divisio facta sit, sorti res committenda erit, ut male etiam plerique Legistarum putant, *Jas. post alios in l. 3. C. comm. de legat. Fachin. lib. 6. cont. c. 37. Bronch. 1. miscell. assert. 52.* sed adhuc adjudicatione & in divisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in jure nostro sorte res dirimi debet, ubi negotium animi iudicio explicari potest. *l. sacris. 47. sub fin. pr. C. de SS. eccles. l. 8. ff. de pact.* ubi prætor partes suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut minor sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. *vers. si autem ipsi. Inst. de satisfd. tut.* ubi item prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus. *l. testamento. 17. §. 1. & 2. cum l. seq. ff. de test. tut.* Quod si res animi iudicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo coheredes ad iudicium provocent, uter eorum partes actoris sustinere debeat, sorte discerni solet, quia aliter res explicari nequit. *l. sed cum. 14. ff. de judic.* Pariratione si plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem dissentiant, controversia sorte dirimen-

menda est, quia scilicet nullæ hic partes prætoris. *l. 3. pr. C. comm. de legat. §. optio-
nis. 23. Inst. de legat.* Simile exemplum in *l. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. ff. de fideic-
libert.* Atqui nihil tale occurrit in judicio familiæ erciscundæ: quippe cum semper in
impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit mutua ejus, cui plus adju-
dicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat *l. 5. ff. fam. ercisc.* ubi in casu,
quo omnes ex iisdem partibus heredes sunt, nec inter eos convenit, apud quem cau-
tiones hereditariæ esse debeant, sortiri eos oportere respondetur. Nullum enim isto
casu officium judicis intercedit, sed totum id inter ipsos coheredes citra judicium trans-
igitur. per *l. 2. §. ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. ercisc.* Eodemque fere modo respondendum
est ad *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars. lib. 10.* nam & ibi nullum officium judicis inter-
venit, sed jussu legis extra judicium partes fiunt, & fors definit, cujus electio esse de-
beat. Erratque adeo Jason cum iis, quos sequitur in *l. 3. C. comm. de legat.* contem-
dens etiam in judicio divisorio familiæ erciscundæ sorte rem expediendam esse, *arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars.* Plane potest ex conventionem inter coheredes quocun-
que modo divisio fieri, nempe vel per sortem, vel, ut major dividat, minor eligat.
Cæterum nihil id ad quæstionem hanc, quæ est de officio judicis, apud quem familiæ
erciscundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere
debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris
Pontificii textum, quo sententiam hanc confirmant. Nam in *c. 1. de paroch. & alien.
parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Episcopo ob hæresin Donatistarum
ante remoto, & ad ecclesiæ unitatem postea reverso, quem Pontifex vult in partem
admitti prioris sui Episcopatus jam alteri Episcopo dati, & divisionem inter eos ita
fieri, ut ille dividat, qui diutius in episcopatu fuit: alter autem, qui breviori tem-
pore eum tenuit, eligat. At hæc divisio fit sine judicibus, quia visum fuit non esse ex
dignitate Episcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami &
Lothi ex *cap. 13. Genes.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in judicio facta
fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui
filio, qui minor ætate erat, permisit, ut vel in dextram vel sinistram discederet, quo
vellet, & alterum latus sibi relinqueret. Et quamvis Augustinus *lib. 16. c. 20. de civit.
Dei.* relata hac historia subjicit, hinc fortassis effectam esse inter homines pacificam con-
suetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat:
tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in judicio familiæ erciscundæ: sed hoc tan-
tum inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc
morem plerumque observatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ *lib. 6.
declam. 1. Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canonistarum sententiam in
Camera Imperiali receptam esse tradunt Mynsing. *4. observ. 37. & Gail. 2. obs. 116. n. 12.
Schurff. cent. 1. conf. 71.* & secundum eam respondit Æmilii Ferretus *consil. 1.* quem
laudat & sequitur Costalius in *l. 1. ff. fam. ercisc.* & sic quoque Senatum Sabaudia cen-
suisse *Ant. Fab. Cod. suo for. decis. 2.* & Mechliniensem Christinæus *vol. 2. decis. 180.*
referunt. Ac consuetudine eandem opinionem receptam esse testatur Guido Pap. *quæst.
280.* quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis testimonio,
quoniam aliud jure decusum est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui
dubitet, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

COMMUNIO rerum vel ex conventionem inducitur, quæ communio proprie societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit. *l. ut sit. 31. ff. pro soc.* quæ communio quasi ex contractu nascitur. §. 3. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* quanquam & hi nonnunquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est iudicio communi dividundo. *l. 2. ff. comm. divid.* quo iudicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata a communione discedatur; tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. *l. 3. l. 4. §. 3. ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio mixtam causam obtinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiaræ erciscundæ & finium regundorum. §. *quædam actiones. 20. Inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate sic in usu juris proprie dicta. *ff. & C. pro soc.* quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæsitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, siue communes sint cum societate, siue sine societate; tum ad personales illas, quas dixi, præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit. *l. 1. ff. comm. divid.* sed illud quæritur, an duntaxat eo pertinet, an vero & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi dividundo iudicio agere posse, sed etiam iudicio societatis.

Firmamenta huius sententiæ sunt hæc. 1. quia actio pro socio est rei persecutoria: *l. sed actione. 50. ff. pro soc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit. *l. pro socio. 38. §. 1. pro soc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuisse. 3. quia iudicio societatis ab uno adversus alios instituto distrahitur societas, quasi tacita quadam renuntiatione. *l. actione. 65. pr. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. 4. quia Iurisconsultus in *l. 1. ff. comm. divid.* non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præstationes pertinere, non ad communium rerum divisionem; sed *συγκριτικῶς* seu comparative, magis eo pertinere, quam ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut iudicium communi dividundo, sed per consequentiam duntaxat. Quasi hic sit istius loci sensus, in iudicio communi dividundo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo iudicio, ut res dividantur: contra autem iudicium societatis principaliter pertinere ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hisce quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat Valent. Reimerus *quæst. jurid. dec. 11. thes. 5.*

Cæterum

Cæterum apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæc duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi. *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt, ut in commune redigantur; *l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. l. si societatem. 73. & l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium; v. c. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contraxit. *l. rei communis. 45. ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, sed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque judicii dissimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter consortes dividantur atque a communione recedatur, sequuntur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum est obnoxius. *l. 3. pr. ff. comm. divid. §. quedam actiones. 20. Inst. de action.* At actio pro socio tantum est de personalibus præstationibus extra divisionem positis, & ideo ad divisionem non pertinet. *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum. 43. ff. eod.* ubi ait, actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet. *l. servum. 44. §. eum qui. 5. & seq. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. 59. eod. 3.* Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, eo aperte significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ judicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium a iudice discretarum, quarum singula singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione. *§. 4. & seq. Inst. de off. jud.* Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividundo simul tollitur, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo judicio, quod una cum rei communione sublatum est. At sublata societate nihilominus adhuc agi potest de iis quæ durante societate contracta. *l. omne æs. 27. l. nemo. 35. cum simil. ff. pro soc.* imo & communione sublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iisdem præstationibus agi actione pro socio, nisi & de his actum communi dividundo. *l. pro socio. 38. §. 1. ff. eodem.* Cum itaque actione pro socio tantum agatur de præstationibus personalibus, aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur; de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quisque sociorum partem in his pro diviso consequatur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissime probatum est, hinc efficitur & liquet perspicue, actionem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est, nempe non sequitur, actio pro socio est rei per-

secutoria : ergo etiam persequitur rem communem tanquam communem , ut ea dividatur : sed hoc solum, ergo ea non agitur ad poenam , seu quod in eam venit , res est & id, quod ex patrimonio nobis abest, *l. in honorariis. 35. ff. de obl. & act.* non poena : ut intelligamus eam ex ante gesto non heredibus tantum : sed etiam in heredes dari. *per vulg.* Quod secundo ajunt, actione communi dividundo consumi actionem pro socio & retro, falsum est, & contrarium aperte responsum ab Ulpiano, *l. si actum. 43. ff. pro soc.* nempe si actum sit, communi dividundo, non tolli actionem pro socio, cui non obstat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro socio. 38. §. 1. ff. eod.* nam ex ipsis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum judiciorum actum sit, sed tantum de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum sit communi dividundo, tolli actionem pro socio ; & contra si actum sit pro socio, de iisdem præstationibus agi non posse communi dividundo. Hinc autem minime sequitur, facta sola rerum divisione in judicio communi dividundo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat. *d. l. si actum. 43. ff. eod.* nec si actum sit pro socio, tolli actionem communi dividundo respectu præcipuæ petitionis hujus judicii ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro diviso adjudicetur. In tertio argumento manifestus error est *παρεπὶ τὸ ἐπὶ μὲν*. Nulla enim consequentia est, actione pro socio distrahitur societas, quasi tacita renuntiatione : ergo ea actione & rerum communium intenditur divisio : siquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad dissolutionem societatis : qua soluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus est judicio communi dividundo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l. 1. ff. comm. divid.* & cæteris videtur speciosius, vitium est *παρεπὶ μὲν*. Nam quod ibi Paulus ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad rerum communium divisionem, id non *συγκριτικῶς*, ut vulgo, sed *ἑλκῶς* non comparative, sed elective ab eo dici intelligendum est : ut hæc sit jurisconsulti sententia, si quærat, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones personales tantum ? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantum ad præstationes personales : qua forma loquendi nihil est apud nostros usitatus. *l. 6. §. 3. ff. si serv. vind. l. plenum. 12. §. 2. ff. de us. & habit. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. l. inter causas. 26. §. non omnia. 6. ff. mandat. l. 5. §. n. quoque. 3. ff. de oblig. & act. & similib.* ita post Glossam Charundas & Pacius ad *d. l. 1. Donel. comm. 13. c. 7.* eademque videtur esse sententia Oldendorpii *class. 4. act. 21. §. 6. n. 11.* & Bachovii notantis Wesembecium *parat. ff. pro soc. n. 12.* Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, ad instar ejus, qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur, actio pro socio non minus missam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quædam. 20. Inst. de action. l. 1. ff. fin. regund.* quod tamen ne contrariæ quidem sententiæ auctores ausint affirmare.

CAP. XXXVII.

An actio negotiorum gestorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?

QUÆSTIO hæc nata est ex locis in speciem contrariis. Nam in *l. filie. 18. §. 1. C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re non ambigua, sumptis in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciscundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solum pro coherede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse repeti. *l. 3. C. de neg. gest.* Contra in *l. 18. §. ult. ff. fam. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. Mævius. 52. §. 1. ff. fam. ercisc.* ubi servus liber & heres esse iustus coheredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quam familiæ erciscundæ. Cui loco iterum e diametro videtur ob stare *l. pen. vers. earum autem summarum. ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus servi actionem familiæ erciscundæ: sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu, Labeo actionem familiæ erciscundæ dat, *l. fistulas. 78. §. 2. ff. de contr. empt.* quo Imp. in *l. in familiæ. 20. C. fam. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ erciscundæ respondent. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, qua actione consors contra sortem experiat, negotiorumne gestorum, an familiæ erciscundæ, communive dividundo, is scire debet non esse easdem horum judiciorum præstationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciscundæ consors consorti heresve coheredi non obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum gestorum judicio tenetur gestor domino negotiorum. *§. 1. in fin. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.* sed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstet, qualem in suis rebus. *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ff. fam. ercisc.* Quomodo ergo loca superiora ἐναρξήσῃ conciliabimus? Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem heres vel socius in re communi negotium individuum gessit, locus sit actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo; si dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod coheres aut socius, non potest pro sua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & conciliationem nobis suppeditant *l. 6. §. 2. vers. cæterum. ff. comm. divid. l. heredes. 25. §. si unus. 15. & seq. fam. ercisc. l. si communes. 40. ff. de neg. gest. l. fistulas. 78. §. 2. ff. de contr. emp.* Igitur ubi unus e coheredibus rem communem vendit & prætium percepit, cum eo non est coheredi actio familiæ erciscundæ, sed aut mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum, si coheres ratam habuerit venditionem, quia suam solius partem vendere potuit. *l. in familiæ. 20. C. fam. erc.* Similiter, si pro communibus ædibus damni infecti vicino in solidum cavero, negotiorum gestorum actione, non communi dividundo judicio, quod præstiti, petere debeo: quia potui partem meam defendere sine parte socii. *d. l. si communes. 40. ff. de neg. gest.* Ex contrario, si unus ex coheredibus noxali judicio servum heredita-

M m m 3

rium

rium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expediret; aut si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non possunt, iudicio familiæ erciscundæ est locus non negotiorum gestorum. *l. heredes. 25. §. si unus. 15. ff. fam. erc.* Pari ratione, si unus e coheredibus debitum hereditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ erciscundæ iudicio experietur, quia pignoris obligatio est individua. *l. his consequenter. 18. §. ult. & d. l. 25. §. idem observatur. 14. eod.* Eandem ob causam & in specie *l. fistulas. 78. §. 2. ff. de contr. empt.* non negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus. Nulla vero pugna est inter *d. l. Mævius. 52. §. 1. ff. fam. ercisc. & d. l. pen. §. earum autem summarum. ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui a servo coherede gesti datur coheredibus ejus actio familiæ erciscundæ: in hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam in illa casus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino, reliquæ erant in hereditate mortis tempore, & proinde non alio iudicio, quam familiæ erciscundæ earum summarum nomine servus apud quem reliquæ sunt, coheredibus tenetur. At in hac species proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias a debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem, quo casu cum potuerit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum coheredibus competit, ita recte Costalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen. Bronch. cent. 2. assert. 13.* Quod si ratio hujus distinctionis quaeratur, ea non est usque adeo obscura. Nam cum coheres vel consors negotium individuum gessit, creditur id fecisse, tanquam coheres aut consors potius, quam alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se recte administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem coheredis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum gestorum duntaxat competit. *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ff. fam. ercisc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facerent *l. filia. 18. §. 1. C. fam. ercisc. & l. 3. C. de neg. gest.* initio hujus capituli a nobis allegatæ: & denique *l. liberti. 31. §. ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc scribo, forte incidi. In *d. l. filia. §. 1.* Imperatores simpliciter rescribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communi hereditate servari possint vel familiæ erciscundæ iudicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videntur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumptus pro parte sua tantum facere potuerit, nec ne. Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo habili: nempe ut sumptus servari possint iudicio familiæ erciscundæ in negotio indiviso, veluti si ædes communes fulsit, &c. actionem autem negotiorum gestorum in negotio diviso, veluti si æs alienum hereditarium solvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit. *l. 3. C. de neg. gest. l. si communes. 40. ff. de neg. gest.* Evertere autem totam hanc distinctionem videtur locus in *d. l. 3. C. de neg. gest.* in cujus loci casu secundo datur cohe-

coheredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciscundæ actio, vel negotiorum gestorum. Atqui pignus pro parte liberari non potest. *l. 1. l. 2. C. si un. ex plur. her. cred. ac proinde, si vera est distinctio supra posita, dicendum erat hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed solam familiæ erciscundæ, competere, sicut ab Ulpiano in tali specie responsum est. l. hinc consequenter. 18. §. ult. l. heredes. 25. §. idem observatur. 14. ff. fam. ercisc.* Caterum non est quod hac objectione moveamur. Duplex in *d. l. 3. C. de neg. gest.* proponitur casus: unus, ubi totam pecuniæ summam coheres solvit, pro qua nullum pignus datum erat; quo casu sola datur actio negotiorum gestorum: quia negotium dividuum est, ubi pecunia sine pignore debetur. *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox sequitur, est, cum pro communi debito hereditario pignus datum est. Quia autem pignoris obligatio est individua, non potest unus e coheredibus ne quidem ex parte illud liberare pro sua tantum parte solvendo. *l. 1. l. 2. C. si un. ex plur. hered. cred.* Porro in hoc posteriore casu distinguendum est, utrum hereditas jam ante divisa sit iudicio familiæ erciscundæ, & nihil commune remanserit, nec ne. Priore casu ex necessitate datur actio negotiorum gestorum; quoniam neque familiæ erciscundæ iudicium iterum intentari potest. *l. si filia. 20. §. familiæ. 4. ff. famil. ercisc.* neque locus esse potest iudicio communi dividundo, ubi nihil remansit indivisum. *l. 1. ff. comm. divid.* Posteriore casu ubi hereditas nondum divisa est, sola competit actio familiæ erciscundæ: quam distinctionem locus ipse suggerit. Nam prior casus est in vers. *sive pignoris liberandi.* usque ad illum *vel iudicio.* argumento a contrario verborum sequentium sensu. Posterior continetur his verbis, *vel iudicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum.* Locus ultimus, qui huic nostræ & communi distinctioni objicitur, est *l. liberto. 31. §. ult. ff. de neg. gest.* ubi ei, qui in defensione communis aquæ, id est, servitutis aquæ sive ducendæ sive hauriendæ, sumptus fecit, non communi dividundo, sed negotiorum gestorum actio datur: cum tamen servitutes prædiorum sint individua. *l. 72. ff. de verb. obl. & ideo secundum distinctionem supra positam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actio dari deberet.* Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* responder potuisse socium partem suam communis aquæ ita defendere, ut tamen socii sui partem defendere non cogeretur: etsi enim servitus per partes acquiri non potest, tamen per partes posse retineri. *l. 8. §. 1. ff. de serv. l. si quis. 30. §. 1. ff. de serv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per se juris prædii communionem esse, & ideo hic non communi dividundo, sed negotiorum gestorum agendum per textum expressum in *l. arbor. 19. §. 2. ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto. §. ult. de neg. gest.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAP. XXXVIII.

An in iudicio familia erciscunda absolutio & condemnatio facienda in personis omnium?

SI in libello plures res seu plura capita comprehensa sint, vix dubium est, quin sententia super aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, nisi capita connexa sint, ita ut separari nequeant. *l. etiam. 29. §. 1. ff. de minor. ubi Gloss. Bart. & alii. l. pen. C. de transact.* quod

quod enim species sunt seu litis capita, tot sunt sententiæ, id est, tot sententiæ separatim ferri possunt. *l. quod tamen. 21. ff. de recept. arbit. arg. l. scire debemus. 29. ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de sent. & interloc. Vant. de null. sent. ex def. process. n. 100.* Sed & si unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam reipub. causa abesse cœperint, neque defendantur; nempe sententiam ferri posse ratione præsentium, & absentium respectu, iudicium diffindi. *l. non idcirco. 44. ff. de iudic. & ibi Gloss. & D D.* nisi forte causa individua sit. *l. 4. ff. si ex nox. ca. ag. Vant. d. loc.* Quin & si generali iudicio divisorio actum sit, puta familiæ erciscundæ, & quædam ex rebus hereditariis indivisæ relictæ, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisis communi dividundo agi potest. *l. si filia. 20. §. familiæ. 4. ff. fam. ercisc.* At si unum duntaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc iudicium scindi non potest, ut de re in iudicium deducta partim iudicetur, partim non iudicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet. *l. 19. §. 1. ff. de rer. arb. v. c. si petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus sit, non valebit sententia, nisi de reliquis 50. absolutus fuerit.* In appellationis autem iudicio sententia prior partim confirmari, partim infirmari potest. *l. quædam mulier. 41. ff. fam. ercisc. l. ult. ff. de iur. parron. Bartol. in l. 1. C. si adv. rem iudic.* Ex quo porro illud sequitur, eandem sententiam partim iustam esse posse, partim iniustam, partim valere, partim non valere, ut in specie d. l. quædam mulier. Divisio, quam fecit iudex familiæ erciscundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco ob stare videtur, quod Paulus respondet in *l. in hoc iudicio. 27. ff. eod. tit.* in iudicio familiæ erciscundæ condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valere: adjecta hac ratione, quia non potest ex uno iudicio res iudicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, iudicem non posse de re, quæ tota in iudicium deducta est, pro parte iudicare, pro parte iudicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videretur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententiam super uno eorum latam valere, & in familiæ erciscundæ iudicio posse aliquid indivisum a iudice relinqui, cujus divisio postea petatur iudicio communi dividundo. Cæterum nullam hic esse pugnam, loco illo Pauli exposito, nempe *d. l. in hoc iudicio. 27. ff. fam. ercisc.* patebit. Ait Jurisconsultus, *In hoc iudicio condemnationes & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt.* quod notandum est. Ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de præstationibus huius iudicii personalibus, quædamni, lucri, impenfarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve divisione. Ex utrisque constat iudicium familiæ erciscundæ. *l. item Labeo. 22. §. 4. ff. fam. erc. junct. l. 3. ff. comm. divid.* Si de rebus locutus esset, ita scripsisset, *In hoc iudicio adjudicationes & condemnationes, &c.* ut in *l. cum putarem. 36. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur. §. 4. *Inst. de offic. iud.* at condemnationum & absolutionum nullus est inter se ordo. Omissa igitur adjudicationum mentio satis indicat non de rebus, quarum a iudicatio est, sed de personalibus invicem præstationibus tantum Jurisconsultum loquutum esse, quanquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in iudicium deducta est, plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione

dicatione indivisum manere in judicio familiæ erciscundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur: & quod sic omissum est, potest dividi postea judicio communi dividendo. *l. si filia. 20. §. 4. ff. fam. ercisc.* sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est, non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus quæ specialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, a quibus petuntur. Quippe unum judicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non potest, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronunciatum est; in partem autem omisam non valere: sed causam, quæ tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia judicis. *l. qualem. 19. §. 1. ff. de recept. arbitr.* semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt coheredes, qui inter se agunt judicio familiæ erciscundæ, Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impensas in communi hereditate fecerat: Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena vero est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in judicium deductæ sunt, quasque a se invicem coheredes perierunt, judicatum sit, dummodo in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est. *l. pen. C. de sent. & interloc.* quæ Græca Justiniani constitutio a Cujacio restituta est. *l. 12. c. 2. obs.* & est communis sententia. Jam, credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter *d. l. quædam mulier. 41. ff. fam. ercisc. & d. l. 27. ff. eod.* Nam in specie *d. l. quædam mulier.* judex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in judicium deductæ erant, pronuntians nulla parte omissa; itaque non peccavit in regulam *d. l. 27.* quamvis de una parte bene, de altera male judicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, de altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, sed pro parte tantum & semiplene judicare, quod *d. l. 27. & l. ult. ff. de jur. patron.* Nec hoc latuit D. Augustinum, qui breviculi cum Donatistis *col. 3. Legibus*, inquit, *judex prohibetur semiplenam proferre sententiam.* Cujac. *lib. 23. obs. 1.* Dices fortasse, cur igitur appellatur a sententia in specie *d. l. 7.* lata? Respondeo, quia judex etiam liberos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis. Itaque valet quidem hæc sententia, at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter respondent, sed meo judicio, minus bene: quod nunc non tango.

CAP. XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debita æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

QUÆSTIO hæc valde perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties, cum

N n n

con-

condemnatio facienda in rei petitaæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait Cujacius *tract. ad African. 8. in l. hominem. 37. ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori reposcenti reddatur. *l. 2. pr. l. 3. ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extra rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æque bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione incunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis. Jure actionis, cum in obligationem deducta est a contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie *l. fundum. 28. ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in specie *l. hominem. 37. ff. mandat.* Officio judicis venit æstimatio, cum petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei succedit ejus æstimatio. *l. plerumque. 10. in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si servum. 91. §. ult. de verb. oblig. & ita cape l. vinum. 22. ff. de reb. cred.* Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *d. l. fundum. 28. ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem. ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem est deductum: estque hic æstimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque sicuti homine promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligationem deducta est, petenda & præstanda erit. At cum æstimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *l. 1. ff. de contr. empr. sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æstimantur, l. si ita. 42. ff. de fidejuss. item in cæteris rebus debitis ex quocunque contractu.* Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut siquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus insuper habito, an contractus, sit bonæ fidei, an stricti juris. *l. vinum. 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem. 12. §. 1. ff. si quis caus. jud. l. si calend. 11. ff. de re jud. l. quoties. 59. ff. de verb. obl. l. 37. §. 1. ff. mandat.* Diem autem adjectum hic spectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspicere, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quod dari debuit. *d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. trit. usque ad litem contestatam ut extremum in strictis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per l. 3. §. 2. ff. commod. Non obstat l. cum quis. 22. ff. de oblig. & act.* Nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est,*

est, quo satis accepit. sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit, vel cum Cujacio in *d. l. cum quis. tract. 3. ad Afric. can.* & in *l. quoties. 59. de verb. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit. *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus a quo; tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: nisi res perierit: quia res antea extincta non potest æstimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.* In strictis autem inspicitur tempus litis contestatæ duntaxat, id est, ut terminus a quo & ad quem simul. *d. l. 3. §. 2. ff. commod.* nisi mora facta sit, quo casu tempus moræ est terminus a quo in utroque genere judiciorum. De strictis est in *l. hominem. 37. §. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. sterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt.* Licet enim raro sine mora ad judicium perveniatur. *l. 3. pr. ff. de usur.* aliquando tamen id fieri potest. *l. sciendum. 21. & seqq. eod.* Itaque quantum æstimatio crevit a tempore moræ usque ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fidei contractibus usque ad rem judicandam hic præstandum erit. *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æstimabitur, quanti minimi, *arg. a contrario.* Quod si quis jam quærat, cur in strictis judiciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum spectetur? ratio hæc est, quia in strictis iudex adstringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc est, cum petitur, *l. 2. ff. de usur.* & huc pertinet *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita est, iudex formulæ non est adstrictus, & potest iudex etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, sicut & exceptiones formulæ non insertas post litis contestationem potest admittere. *l. plane. 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de resc. vend.*

Non obstat *l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand.* ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & iudex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur, etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum est. *l. quod si. 71. ff. de rei vind.* & quærimus hic non de æstimatione quæ fit a parte, sed a iudice. Nihil quoque in contrarium facit *l. cum fundus. pr. 31. ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed de fructibus, accessionibus & causa rei. Certum autem est post judicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset, hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium iudicis pertinent. *d. l. 31. de reb. cred. l. præterea. 20. l. & ex diverso. 35. §. 1. ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus. 38. §. si actionem. 7. ff. de usur. l. ædiles. 25. §. item sciendum. 8. ff. de ædil. edit.* Non adversatur etiam *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* ubi dicitur in conditione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quærat, cujus temporis æstimatio fiat, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fur semper, hoc est & ab initio rei ablatae, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in conditione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit usque ad litem contestatam, æstimatur. *l. ult. in fin. eodem. tit. Fac. l. penult. ff. de act. rer. amot.*

Non 2

Nec

Nec adversatur huic responsioni *l. 2. §. 3. ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in conditione furtiva æstimationem restringi ad annum retrorsus computandum ex die iudicii accepti, ut fit in lege Aquilia; sed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ usque ad acceptum iudicium æstimari. Magis obstat *l. 3. ff. de cond. tritic.* ubi in æstimatione rei facienda condemnationis tempus spectari dicitur in conditione triticaria, quæ creditur esse stricti juris. Respondet Pacius conditionem triticariam non differre ab aliis actionibus specie, sed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum est adjectio, naturam imitari. *arg. l. 1. ff. eod. tit.* sicut actio de peculio, inlitoria, exercitoria, &c. non sunt actiones per se constantes, sed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depositi, ex empto, ex stipulatu, &c. adjectiones, quarum actionum naturam & ipsæ imitantur. Quapropter casus habilis in *d. l. 3.* ponendus est, nempe si triticaria de æstimatione agatur ex causa bonæ fidei iudicii, puta ex causa commodati, depositi, pignoris, &c. non autem si eadem actione agatur ex causa mutui aut stipulationis. Ita Julius Pacius *cent. 3. quæst. 72.* alii aliter. Ant. Faber *lib. 16. conject. 4. putat d. l. 3.* intelligendam de casu, quo post condemnationem triticaria de æstimatione agitur, & fortasse rectius: sed amplius deliberandum. vide Cujac. in *l. quoties. 59. ff. de verb. obl. Don. in l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Duar. ad tit. C. si cert. pet. c. 8. Hotom. ill. quæst. 16. Ant. Fab. 16. conj. c. 1. & seqq. & Cod. for. tit. si cert. pet. defin. 7. & seqq. Perez. in C. eodem. n. 25. Bronch. cent. 2. assert. 19. Schiford. lib. 1. tract. 20. & 8. seqq.*

Cæterum ex communi interpretum sententia, cum de ineunda rei æstimatione quaeritur, nulla inter judicia bonæ fidei & stricti juris facienda est differentia, nisi cum agitur de rei æstimatione per iuramentum in litem ab actore probanda. *DD. post Bart. & Castr. in l. 22. ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod scriptum est in *l. 3. §. 2. ff. comm.* quia ibi etiam de iurejurando agitur. Sed tam in judiciis strictis, quam bonæ fidei inspiciendum erit tempus moræ, si qua litis contestationem præcesserit, & eo tempore res pluris fuerit, sive mora re ipsa contracta sit, ut puta venditore post acceptum prætium cessante in tradenda vendita, cuius tradendæ facultatem habet, ut in specie *l. 13. §. veniunt. 20. ff. l. 5. C. de act. empt.* sive per lapsum diei in obligatione positi, ut in *d. l. 22. & l. 11. ff. de re jud.* sive per expressam interpellationem factam vel in iudicio vel extra iudicium opportuno loco & tempore. *l. mora. 32. ff. de usur.* Quod si tempore moræ res minoris fuerit, crescet in singula momenta æstimatio ab eo die, quo mora contracta est, in diem usque condemnationis, si non medio tempore mora purgata, nec postea rursus contracta sit, *arg. l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum sit, ut moroso debitori sua prosit frustratio contra *l. hominem. 37. §. 1. ff. mand.* Sed & post condemnationem crescet æstimatio per *l. 3. ff. de cond. tritic.* sive a sententia perperam & sine causa provocatum sit: sive post quadrimestre, quod faciendo iudicatio datur. *l. ult. C. de usur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimestris temporis induciæ, etiam cum mora præcessit condemnationem, condemnato immunes erunt a periculo augmenti æstimationis, si forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem interpretum sententiam spectandum tempus contractus, eaque debebitur æstimatio, quæ tum præcise fuerit, nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa sit in obligatione, obligatio autem ipsa contractus tempore oriatur, ut in specie *l. 28. ff. de novat.* At si obligatio

gatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, ejus temporis habendaratio, quo oriatur, ut evenit in casu *l. hominem. 37. ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejussit & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & jus petendæ æstimationis. per *l. 22. ff. de oblig. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine acton abest. Hanc sententiam propter communem interpretum fere omnium consensum Curias omnes nunc sequi restatur *Ant. Fab. C. suo for. si cert. pet. defin. 15.* nec in tam multis a ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat. *add. Costal. ad l. vinum. 22. ff. de reb. cred. Sand. lib. 3. tit. 4. defin. 8.*

CAP. XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

QUÆSTIO hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & τὸ φαινόμενον, sed ἐν τῷ & revera: nempe *l. singularia. 15. ff. de reb. cred. & l. qui negotia. 34. pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & is qui credit, dominus sit. *l. 2. §. in mutui. 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo. 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur, ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat. *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam, quam mihi ex causa mandati, societatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut si, cum me mutuam pecuniam rogares, fidejusserim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore; aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum. *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius. 27. §. 2. l. scribit. 34. pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet τὸ ἀνεξέδοικαιον res exigatur. Cæterum Ulpianus in *d. l. 15. ff. de reb. cred.* ait, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benigne recepta esse contra subtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀνέξοδοικαιον καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci in *Basil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter eos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam, mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet. 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi. *d. l. singularia. in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpe occultatur, & quodammodo surripitur. *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera, quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia.* affert, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim, ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo fu-

Nnn 3

perio-

perioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multo magis recipi debeat in una eademque persona: utrique enim facilior fictio breviorque manus ibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris mihi solvisse, & protinus a me accepisse. Notandum hic obiter, priorem obligationem non tolli conventionem & constitui novam ex causa mutui; hoc enim pugnet cum certo & explorato jure, quia novatio non fit extra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quam si hoc ipsum a contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendae causa posteriorem contrahere. *l. ult. C. eod.* sed primam tolli solutione, quamvis sine conventionem id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex prioris causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia a creditore ad illum profecta, quae res mutuum constituat. Est & alia species praecedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti. 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & praetio uteris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum esse, ac si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia. 34. pr. ff. mandat.* fatetur benigne receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum quaerunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia, ex causa mandati, credita fiat, ita distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia.* si non habuerit paratam, Africani in *d. l. qui negotia.* & ita quoque Costalius in *d. l. singularia.* Corasius 6. *miscell. 16.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia.* praetexit: sed neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut cum habitare Lutetiae, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non potuerit soluta & retro tradita? aut si alibi habitat, & per epistolam a me petit, ut eam pecuniam quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat. Quid ni possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At regeat Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia.* ab Africano proponi, nisi quod epistola a procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solius autem procuratoris voluntate a prioris obligatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem casum ponamus, sit quaestio? Digna scilicet quaestio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit. Supponit Jurisconsultus, creditorem epistolae ad se missae consensisse sive aperte per rescriptionem, sive tacite, hoc ipso scilicet, quod aperte non dissensit, nec rescripserit. *l. si filiusfam. 16. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta recte fieri per epistolam, *l. 2. ff. de pact.* & epistolam, cui consentitis, ad quem mittitur, pro pactione esse. *l. dotale. 15. ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in specie a se proposita epistolam pro

pro conventione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba ; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam, &c.* item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia. tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat.* denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventionione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius. *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quam vestem appellare supellectilem. Postremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus a me accepisse, sine mutua conventionione locus esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti : & quæritur, an ea pactione causa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Africanus : quamvis fateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem transire. *d. l. qui negotia. in fin. pr.* Et igitur secundum Africani sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem sortis ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium asserri possent, quorum alterum ostendit esse a dissimili, nempe quod nummi quos mihi hic debes, ex causa depositi crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia nummi, qui mei erant, tui fiunt. *l. conditio. 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum a simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri : sed ait, benigne id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias. *l. quod vero. 14. ff. de legib.* Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic quæritur, solius debitoris, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum e duobus exemplis, quæ obijciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset ; quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis obiectis utriusque consensus intervenierit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quæst. 5.* observavit. Quid vero Ulpianus in *d. l. singularia.* ? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri ; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quam in illa, ubi mutuum petenti jussu debitorem meum pecuniam dare ; ducto argumento a minus probabili ad id, quod est magis probabile : quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quam in duabus : quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, crederet tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox a me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benigne recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minus sunt probabilia ; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset : sed cum illa recepta sit in duabus personis, etiam ad id, quod est probabilius, ubi una duntaxat persona est, eam producendam recte existimavit. Eadem dissensio inter eosdem Jurisconsultos est & in tertia illa, quam supra posui, specie, si tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos

tuos haberes. Nam & in hac specie, si rem vendideris, mutuum pecuniam factam esse ait Ulpianus in *l. rogasti. 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si & prærium acceperis. *l. 9. ff. de præscr. verb.* quod ex narratione facti satis intelligi putavit Jurisconsultus. Id enim actum esse proponitur, ut rem venderes & nummis uteris, acceptis scilicet, quoniam non nisi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex sententia Ulpiani fingitur pecunia prius a venditore tradita esse ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui causa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia. *l. 3. §. pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac specie plane contrarium respondet in *d. l. qui negotia. pr. vers. hñ argumentum.* nempe cum, qui cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non posse. Nam, quod quidam ajunt, in specie Africani ideo mutuum non contrahi, qui non convenit, ut nummi ex venditione redacti essent crediti, ut in specie Ulpiani; sed ut res ipsa vendenda data statim esset mutua, argentum ipsum, lanx aut aliud vas argenteum, id est, certum corpus, in quo mutuum non potest consistere. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* id textus ipse satis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipsum non potest dici ei mutuo dari: sed hoc non alio sine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expensis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum dissidium student componere. Et nimis puerile est, credere nullam in corpore juris reperiri antinomial, quia Justinianus hoc dixit, aut Tribonianus Justiniano persuasit. Utrius igitur sententia prævalebit? Quem hic sequemur? Ulpianum scilicet, qui & posterior est, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam stricti juris rationem habendam putavit juxta *l. placuit. 8. C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religiosus & stricti juris retinentior fuerit. Non obstat huic responsioni *l. ex prærio. 6. C. si certi. pet.* quæ est Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano posteriorum: quoniam in illo rescripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut prærium emptionis debebat, inciperet debere Nicandro ex causa mutui: sed cum revera ex causa emptionis deberetur, tantum simulate scriptum erat in instrumento, eam ex causa mutui deberi. Nulla igitur intercesserat conventio, ut ex causa crediti deberetur: id quod evidenter demonstrant verba ipsius rescripti, *simulatis pro infectis habitis.* Simulabatur ergo causa mutui, non revera agebatur, ut esset mutuum. Imo ex contrario sententia Ulpiani in *d. l. singularia.* illo Imperatorum rescripto confirmatur, quod utique si abesset simulatio, demonstrat, pecuniam debitam, ex causa venditionis nuda pactio in causam crediti posse converti, & de eo nulla hodie dubitatio est. *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia. ff. mandat. Schifordiger. lib. 2. tract. 16. quæst. 5.*

CAP. XLI.

An debitor exceptionem pecunie non numerata post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens?

SI quis scripto seu chirographo suo alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, nec intra biennium confessionem suam retracta-

retractavit, is literis obligatus est. *pr. Inst. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non est habenda pro mere civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inst. de oblig.* ut ex divisionibus subjectis patet. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur. *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil interest. 112. ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum est; una vere talis, altera præsumptiva: qualis est obligatio judicati, confessi, jurisjurandi: & talis quoque est ea, quæ dicitur literarum. Nam sicut post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, non quaeritur amplius, an debeat. *l. post rem. 56. ff. de re jud.* ita & post biennium non amplius quaeritur, an pecunia confessæ numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat: *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra. 8. C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, quæ usucapio & præscriptiones temporales, boni scilicet publici & litium expediendarum prætexu. Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non retractaverit quidem, sed paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciatur creditori. *Inst. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita. *d. l. 8. C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter post Accursium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodo paratus sit docere de pecunia sibi non numerata. ita *Baro, Schneid. Bachov. ad tit. Inst. de lit. obl. Bronch. 2. assert. 22. Perez. C. d. tit. de non num. pec. n. 14.* Moventur primo, quod exceptiones natura sua sunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esset temporalis. *l. 5. §. ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli. *l. 3. C. de pec. non num.* quæ cum sine dubio perpetua sit; *d. l. 5. §. ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiam si cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non sunt. *l. 6. ff. de offic. præsid.* Illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremo, quia non potest lapsus biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis. *l. 10. C. de non num. pec.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed procul dubio verius est & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus,

O o o

quod

quod ex literis nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ. Qua parte etiam major vis esset cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ. *l. generaliter. 13. C. de pecun. non numer. ex quibus tamen obligationem literarum non nasci inter omnes convenit.* In summa nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset e catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *l. adseveratio. 10. C. de non num. pec.* ajunt Imp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certe non potest restringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra. 8. C. eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium quæstus non est, omnimodo debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet: imo ille debitor esse definit; nec vere debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit. *l. Marcellus. 66. l. nihil interest. 112. ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contrahibus. 14. pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. in contrahibus. §. 3.* illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui quæstus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur. *l. manifestæ. 38. ff. de jurisjur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* Unde perspicue apparet, Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.* ubi expresse cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim Harmenopulus *lib. 2. prompt. tit. 2. n. 4.* ὁ λέγων ὅτι ἔγνων ἀριθμῆσαι, εἰ μὴ ἐπὶ διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ ἀμαρτύνει πειλάτῃ, ἡ δὲ μὴ ἔχει δικαιολογίαν. id est, qui negat numerationem factam esse, nisi intra biennium conveniatur, aut de ea re contestetur, nullam habet defensionem. Postremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mora scilicet intra biennium querela, seu protestatione facta de pecunia minime numerata. *d. l. in contrahibus. §. ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc sententiam possint convellere. Nam quod primo producit in genere de natura exceptionum, quod sint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exempli gratia, si filius exhere-

datus

datus sit in possessione hereditatis, & scriptus heres ab eo hereditatem petat, potest filius in modum contradictionis sive excipiendo queri de inofficioso. *l. 8. §. si filius. 13. ff. de inoffic. testam.* sed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: sic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret, ut diserte ait jurisconsultus dicto loco. Constat autem, actionem de inofficioso quinquennio finire. *d. l. 8. §. ult. & l. seq. l. 16. l. 34. in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo est, quia potest nihilominus filius separatim sine petitione hereditatis querelam movere ad hoc scilicet, ut testamentum pronuntietur inofficiosum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipsa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci potest: nam & cautionem suam confessus condicere intra id tempus potest conditione sine causa, aut ob causam dati causa non secuta. *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg. & ultro queri sive protestari de non facta numeratione, atque hoc pacto sibi acquirere exceptionem perpetuam. l. 8. l. 9. l. contractus. 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num. pec.* Quod secundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, sed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id est, confessum vel hac vel illa ad defensionem suam intra definitum tempus uti posse. *l. 3. C. eod. tit.* sed negamus omnem exceptionem doli esse perpetuam.

Duplex enim est doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrat, & ex omni causa nascitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. *l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. si quis. 36. ff. de verb. oblig.* altera specialis, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, videlicet si quid ab initio gestum sit dolo malo. *§. 1. Inst. de except. l. 5. C. de inut. stip. l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc specialis doli exceptio perpetua est, & quidem non eo tantum sensu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod semel oppositæ semper agentibus obstant. *§. perpetuæ. 9. Inst. de except.* quo eodem sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua est, nam & illa intra biennium semel contestata perpetuo obstat agenti: verum etiam respectu temporis intra quod opponenda. *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum semper sequitur, cum quibus concurrat, tanquam accessio quædam. *l. 2. §. & generaliter. 5. ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus est cum creditore ne a se pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventionione debitori quæritur, lapsu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrat. Quod si pactus sit debitor, ne intra biennium a se peteretur, petenti intra biennium obstat tam doli quam pacti exceptio: at post biennium neutra. *d. l. 2. §. item quæritur. 4. ff. de dol. mal. exc.* Sic qui usuras in futurum a debitore accepit, ei intra id tempus sortem petenti obstat exceptio pacti conventi. *l. qui in. 57. ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l. 2. §. & generaliter. 5.* finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ut confessus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli se tueri potest propter illam: ita post biennium ut illa cessat, ita & hanc cessare necesse est. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum est, si

rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo confessus est, se debere, sibi pecuniam numeratam esse, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris & negligentiae suae poenam luere, ut confessioni suae literis testatae omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur, quod ad tertium contrariae opinionis argumentum responsum esto. Ultimum argumentum est ἐν τῶν ἀνελφεφόντων, quod in eos ipsos, qui illud proferunt, retorqueri potest, hoc modo; Quod biennium confesso tribuit, id lapsus biennii ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis; verum etiam & maxime exceptionem ipsam non numeratae pecuniae: ergo lapsus biennii utrumque adimit, quod & expressum in d. ll. 8. 9. 10. & 14. C. de non num. pec. quanquam nec argumentum a contrario sensu contra textus expressos procedere notum est. *præs. Everb. in top. leg. loc. 82. n. 4. pr.* Plane si debitor neget suam esse scripturam, aut dolo se inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum causi numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est, qui negat. *vid. Joan. Fab. Wesenb. ad tit. Inst. de lit. obl. Thulden. ibid. c. 3. Duar. ad tit. C. de non num. pecun. c. 4. Donell. ad l. 8. ejusd. tit. Fachin. 2. contr. 81. Gudelin. lib. 3. de jur. noviss. c. 6. Zanger. p. 3. de except. c. 14. n. 55. & seqq.* Caeterum usu forensi recepta est communis Glossae, Bartoli & aliorum sententia, contententium etiam post biennium audiendum esse debitorem, modo ipse paratus sit ostendere, pecuniam sibi numeratam non esse, lapsumque biennii creditori tantum prodesse ad translationem oneris probandi in debitorem. *Gomez. 2. resol. 6. n. 7. Mox. de contr. tit. de mut. n. 9. Zanger. ubi sup. n. 66. Ant. Fab. C. suo for. de non num. pecun. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 37. Sande lib. 3. tit. 2. defin. 1.* In Gallia & plerisque Belgii provinciis non est melior conditio cautionis pecuniae creditae, quam caeterarum cautionum: agnoscentique chirographum suum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam post biennium imponitur, & praeterea fiduciaria pecuniae petita consignatio. Hoc obiter. *vid. Christin. ubi sup. Gudelin. d. c. 6. in fin. Imbert. 1. Inst. for. c. 35. Cyprian. cens. Belg. ad tit. Inst. de lit. oblig. Groenew. de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ibi citat.*

CAP. XLII.

An iusjurandum judiciale recusari possit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOTUM est, tria esse iusjurandi genera litis & controversiae decidendae gratia comparata, voluntarium, necessarium & judiciale: his enim nominibus distinguuntur in *rubr. ff. de iurejur. & C. ult. ext. eod.* Voluntarium est, quod ex conventionione a parte parti deferretur extra iudicium, id est, ante coeptum iudicium sive ante litem contestatam. *l. iusjurandum. 17. pr. ff. d. tit.* Dictum autem est voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel suscipi vel non suscipi potest, nec is, cui delatum est, illud referre, nec is, qui detulit, si id ei ab adversario referatur, jurare habet necesse. *d. l. iusjurandum.*

jurandum. Itaque huc non pertinet regula *l. manifestæ. 38. ff. eod.* ex susceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam necessarium fit. *Beuster. ad rubr. eod. n. 54. & seqq. Borcholt. tract. de jurejur. c. 7. n. 2.* Jusjurandum necessarium est, quod in judicio propter inopiam probationum, in causis dubiis uni ex litigatoribus a iudice deferretur altero invito. *l. admonendi. 31. ff. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred.* quod sic appellatur. 1. respectu causæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum. 2. respectu personæ, cui id deferretur, quia id subire cogitur, aut pati contra sententiam ferri. 3. respectu ipsius iudicis, eo quod vel quando non deferretur, vel sine causa deferretur, litem suam facit. *Marant. spec. p. 6. act. 9. de juram. n. 2.* alias supplementum dicitur, & generali appellatione iurisjurandi judicialis quoque continetur. *l. pen. pr. §. 1. & 2. C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale est, quod in judicio seu lite jam contestata deferretur vel ab ipso iudice postulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præsentem & approbante iudice. *l. 1. l. iusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. l. tutor. 35. l. manifestæ. 38. ff. de jurejur. l. delata. 9. l. pen. C. de reb. cred.* Hoc iusjurandum in specie judiciale dicitur, estque generis mixti: nam si deferentem spectamus, voluntarium est: si eum, cui deferretur, ex parte necessarium: necessitas in eo, quod saltem referre cogitur; quin & qui semel detulit, referente adversario ipse jurare debet, aut pati sententiam pro adversario ferri. *d. l. iusjurandum. 34. §. datur. 7. d. l. manifestæ. 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem postremum genus solum quaestio hic proposita pertinet. Illud igitur quaeritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præsumptione juris adjuvatur, possit reo deferre iusjurandum judiciale eo effectu, ut nisi reus juret, aut iusjurandum referat, sententia iudicis sit condemnandus. Negant *Gloss. in l. 3. C. de reb. cred. Bart. Bald. Salic. Abb. & alii*, quos refert *Mascard. de prob. vol. 2. conclus. 957. n. 7. Hart. Hartm. obs. præf. tit. 13. obs. 3. Ant. Fab. Cod. suo for. tit. de reb. cred. defin. 23. Caroc. de juram. lit. decis. q. 1. principali. ubi n. 4.* hanc opinionem ait magis esse communem. Argumenta, quæ asserendæ huic opinioni afferuntur, hæc tere sunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non possunt. At reus actore intentionem suam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad iuramentum provocare. *c. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus absolvendus erit, etsi non juret, etsi nihil ipse præstet, uti est in *l. 4. C. de edend.* 2. Non sunt petendæ probationes de domo aut e sinu rei. *l. nimis grave. 7. C. de testib.* sed quicumque iudicio agere cum aliquo instituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere. *l. 9. C. de obl. & act.* in quo si defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipse præstiterit, & consequenter, quamvis non juret. *d. l. 4. C. de edend.* Non probat autem qui iusjurandum deferret, sed ille potius, cui deferretur, & qui illud præstet. 3. Si iusjurandum judiciale reo invito deferri posset ab actore nullas alias probationes afferente, quicumque cogitabit non posse se extra iudicium iusjurandum invito deferre, causam dolo malo in iudicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio molestiam creare adversario ei deferendo iusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *C. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepen. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui. 26. §. ult. C. de usur. l. admonendi. 31. ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam sententiam sequi malo, nimirum jure publico permissum esse actori, etiam si nihil probaverit, reo deferre iusjurandum judiciale, qui id aut subire aut referre cogatur, recusantem autem sine iusta causa pro confesso & convicto habendum atque a iudice condemnandum esse,

quæ & communis & recepta sententia est, *testib. Rod. Saurez. in l. 4. fori tit. de juram. n. 6. & seq. ubi allegat, Castr. Aug. Alex. Alber. & alios. Schneid. in §. item si. 11. post Fajon. Inst. de action. n. 21. Gilken ad l. 3. C. de reb. cred. n. 7. Fachin. 1. contr. 19. Cujac. 22. obs. 28. Duar. in prior. comm. de jurejur. c. 6. & in posterior. c. 3. Donell. ad tit. de jurej. c. 12. n. pen. & ult. Christin. vol. 3. decis. 1. n. 2. & ibi citati Osascus & Tesson. pluresque alii apud Mascard. de probat. vol. 2. conclus. 957. n. 9. Et secundum hanc sententiam memini me ex facto consultum bis terve respondisse: nec aliter potui, cum tot sint in hanc rem loci clari & perspicui. *l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur. ibi, omnibus probationibus aliis deficientibus. l. cum de indebito. 25. §. pen. ff. de probat. ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione. l. pen. pr. C. de reb. cred. ibi, vel in principio litis. Ergo & quo tempore nihil dum probatum est. l. ult. §. licentia. 10. C. de jur. delib. ibi, vel per sacramentum illius, si alie probationes defecerint. Edictum quoque prætoris indistincte loquitur. *l. jusjurandum. 34. §. ait prætor. 6. ff. de jurejur. ut & Impp. in l. 9. C. de reb. cred. Denique & generalis est definitio Pauli in l. manifestæ. 38. ff. eod. add. l. ult. C. de fideicom. Ratio hujus sententiæ hæc est, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, saltem metu divini numinis extorqueat veritatem ab adversario: & secundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, ubi, inquit, argumenta & testimonia deficiunt, jurejurando opus est. Juri quoque divino hæc sententia optime convenit Exod. c. 22. vers. 10. & 11. qui locus clare ostendit, ubi hominum defunt testimonia, ad Deum testem posse provocari, præsertim quando asserendum est, quod in conscientia latet: quo respiciens Apostolus Epist. ad Hebræos c. 6. vers. 16. *πάσης*, inquit, *ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ἔρκει*. nec ulla hic prætexi potest jurisjurandi recusandi causa, nisi metus perjurii, eo quod recusans sibi conscius sit se, quod petitur, debere.***

Ad primum contrariæ sententiæ argumentum respondeo, esse illud a dissimili; nam cum actor instrumentis aut testibus intentionem suam legitime probavit, & de jure suo plene docuit, jam causa est satis liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore sibi deberi, reoque id negante res est dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordinariæ, confugiendum ad subsidiariam illato jurejurando. Ad secundum respondeo, tantum abesse, ut actor, qui probationibus destitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei sumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam eum ipsum testem & judicem in propria causa faciat. *l. ult. C. de fideicom. & qui ob id, si jurare recuset, merito habendus sit pro confitente se malam causam habere. l. manifestæ. 38. ff. de jurejur. Diod. Tulden. in C. tit. de reb. cred. n. 4. Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri posse juramento columniæ. Notum enim est, eum qui jusjurandum de lite detulit, adversario postulante de calumnia jurare debere, id est, se non calumniandi seu vexandi, aut adversarium religionem utendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita uti dicit, se rem habere sibi plane persuasum sit. *l. jusjurandum. 34. §. 4. ff. eod. l. ult. C. de fideicom. l. 9. C. de reb. cred. Neque hæc jurisjurandi de calumnia species, quamvis rarior hodie ejus usus sit, prorsus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præstandum est, de quo *text. in l. 2. in fin. pr. C. de jurej. prop. cal. §. 1. Inst. de pæn. tem. litig. sed si exigatur, adhuc præstandum juxta d. l. 34. §. 4. Wesemb. par. ff. de jurejur. n. 9. Damhoud. prax. civ. c. 151. Merul. lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit. 8.***

Groenew.

Groenew. tract. de ll. abrog. ad tit. Inst. de pœn. tem. litig. Ad locos, qui in contrarium adducuntur, facilis responsio est. In c. ult. pr. ext. de jurejur. hoc dicitur, juramentum quod in judicio a parte parti deferatur recusari posse licite ac referri. Quis vero negat posse recusari, dummodo simul referatur? Manifesta hic committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam sine causa recusari potest a referente; recusari autem simpliciter sine justa causa non potest. In §. 1. ejusd. cap. loquitur Gregorius de juramento purgationis & suppletorio seu necessario a iudice inspectis personarum & causæ & circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam jurisconsultus in l. admonendi. 31. ff. de jurejur. expresse agit de jurejurando, quod a iudice in dubiis causis uni e litigatoribus deferatur, id est, suppletorio. In l. eos qui. 26. §. ult. C. de usur. Justinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de exercitacione scœnoris. Quod autem idem Imperator sancit in l. si quis. 11. C. de reb. cred. ne ille, qui primo jusjurandum detulit, & id postea antequam præstitum esset, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ sententiæ assertores minime juvat, quin confutat potius. Tralatitium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suæ constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit aperte cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum deferat. Ex l. pen. §. 2. C. eod. nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum sit, nec ne, possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, iudex dispicere debeat; veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est, &c. Quid ergo, an non manifeste huic sententiæ adversatur regula in l. 4. C. de edend. quæ tam diserte actore non probante reum obtinere vult, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat: neque ad reum confitentem; at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente. l. manifestæ. 38. ff. de jurejur. Plane si reus non utatur simplici inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod ajunt, posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio. l. actor. 23. C. de probat. & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit, jusjurandum deferat, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adversus reum præsumptio, quam ubi aliqua. Diod. Tulden. ubi sup. n. 5.

CAP. XLIII.

An iusjurandum necessarium sive suppletorium iudex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

JUSJURANDUM necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus a iudice deferretur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi. 31. ff. de iurejur. l. 3. l. 12. C. de reb. cred.* & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod iudex illud deferre cogitur, tum quod is, cui delatum est, id subire necesse habeat: tum quod nec remitti a iudice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc iurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *c. 11. de iurejur. n. 8.* quem secutus est Treutlerus *disp. de iurej. th. 10.* negant posse cogi iudicem, ut hoc iusjurandum deferat, arg. *d. l. admonendi. ff. de iurejur.* in verb. *Solent enim sæpe iudices. &c.* & quia ubi actor non plene probat iudex vel absolvere reum potest juxta *l. 4. C. de edend. junct. l. 9. C. de testib.* vel saltem ipsi reo iusjurandum deferre, per *l. 3. C. de reb. cred.* & vulgatum illud, non quicquid potestati iudicis permittitur, id continuo subicitur necessitati juris. *l. non quicquid. 40. ff. de iudic.* Cæterum contrarium verius esse, nempe iudicem necesse habere hoc iusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l. 3. C. de reb. cred. per iudicem iurejurando causa cognita rem decidi oportet.* quibus sane verbis necessitati juris hoc subicitur, non liberæ potestati permittitur iudicis. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causam decidere iudex non potest, nisi interveniente iurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium, *l. 1. ff. de iurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium iudicis & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim iudex de qua re semel cognoscere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere. *l. de quare. 74. ff. de iudic. l. 1. ff. de re jud.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur iurisconsultus in *d. l. admonendi.* id enim necessitas significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere iudex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni institutæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt. *l. non solet. 86. ff. de reg. jur.* non solent, quæ abundant, vitare scripturas, &c. *l. non solent. 94. eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio ut videlicet nisi deferat iudex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus. *Sichard. ad rubr. C. de probat. n. 7. Cyn. in d. l. 3. C. de reb. cred. n. 9. Salic. ibid. n. 5. Bart. in d. l. admonendi. n. 59. Beusier. n. 119.* Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse iudicem reum absolvere, vel ipsi reo iusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse ex iis, quæ proximo capite disputantur, perspicue apparebit. Remitti hoc iusjurandum a iudice non posse, ita ut secundum eum, cui remissit, iudicet, sed re ipsa iurati oportere, satis probat textus in *d. l. 3. C. de reb. cred.* ibi, *decidi iurejurando rem oportet.* & textus in *d. l. admonendi. 31. ff. de iurejur.* ibi, *secundum eum, qui iuraverit.* Et ratio minime obscura est, nempe quia iudex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro-

præstito habeatur, ut bene D D. vulgo. At revocare delatum quin judex possit non dubito, si forte postea suspicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delatum est; aut si post delationem compererit causam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, recusari delatum non posse, nisi recusans velit contra se sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur heredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium subire. *l. 4. pr. ff. de in lit. jur. l. 34. §. 3. ff. de jurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amos.* Atque hanc causam puto significari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel si a profano jure deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in quæ vir bonus salva pietate & bona conscientia jurare non potest, per *l. 5. §. 3. ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plene probavit, delatum; aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum, recte recusabitur: aut si posteriore casu deferatur actori, poterit reus appellare. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 24. c. 1. n. 8. & seqq.* An referri possit, quælitum est. Dubitat Accursius in *l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* Negat Donellus *ad l. 9. C. de reb. cred. n. 18. & seqq. item Borcholt. c. 7. de jurejur. n. 9. Mynsing. ad rubr. ext. de probat.* Affirmat *Ant. Faber dec. 19. err. 7.* quem sequitur vir clarissimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuscript.* Fatentur quidem illi proprie ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit referri posse. Sed tamen existimant posse eum, cui judex detulit, illud rejicere in adversarium suum, *arg. d. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* cum ibi Justinianus expresse dicat aut præstandum esse juramentum, aut referendum, siue pars parti in judicio, siue judex parti detulerit: cui sententiæ hoc consequens est, si judex ob semiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc casu parti, cui delatum est, in alteram partem id rejicere. Sed resistit ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim, unde illatum est. Quod si delatum non ex necessitate suscipiendum sit, sed referri possit, cur magis hoc jusjurandum necessarium nuncupemus, quam judiciale, causam nullam video. Fatemur verba Justiniani in *d. l. 12. §. 1.* valde obscuram habere sententiam, & agnoscimus hiulcum illud & molestum dicendi genus Triboniano familiare, sed tamen, ut concedamus verba illa, *vel ex auctoritate judicis cuiusque parti illatum, &c.* de necessario accipi debere: tamen quod eodem loco mox subjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino existimamus: sic ut singula singulis respondeant hoc modo, cui a iudice defertur, is præcise jurare debet; cui a parte, jurare vel referre. Argumento est, quod necessitas præstandi relatum non indistincte utroque casu utrique imponitur, sed uno casu tantum, & ei cui jure refertur, qui scilicet ipse ante detulit: atque in hunc solum quadrat ratio, qua *§. 1. d. l. 12.* *Quis enim ferendus est ad appellationem veniens auxilium in his quæ ipse facienda procuravit?*

CAP. XLIV.

Quando & quibus in causis a iudice deferri possit aut debeat iusjurandum necessarium seu suppletorium?

POTESTAS iudicis in deferendo iuramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur, ut deferat in probationum inopia, in causis dubiis, & causa cognita. *l. 3. C. de reb. cred. & iurejur. l. admonendi. 31. ff. de iurejur.* Primum igitur necesse est, ut causa laboret inopia probationum: nam probationibus suppetentibus aut supervacuum est hoc iusjurandum, si deferatur auctori: quia & sine iurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat judicari: aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris *l. negantes. 9. C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, sed in causis dubiis duntaxat. Dubias autem causas definitio non eas, in quibus pares utrinque probationes sunt (tunc enim reum absolvi oportet. *c. ex literis. §. ult. ext. de probat. c. inter dilectos. 6. ext. de fid. instrum. arg. l. inter pares. 38. ff. de rejud. l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act. cum similib.*) sed eas, in quibus iudex dubius est ob minus plenas probationes allatas, puta si auctor unum inculpatum testem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei iuramentum suppletorium deferri: ac tales casus plures occurrere possunt; ita *DD. comm. in d. l. admonendi. & d. l. 3. Wesenb. par. de iurejur. n. 10.* & hæc sententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie sequimur. *Costal. in d. l. admonendi. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 23. c. 1.* Ab hac tamen sententia, quasi juri Justiniano minus consentanea, recedunt *Duar. lib. 2. disp. 33. Donell. de iurejur. c. 11. n. 4. Ant. Fab. 19. conj. 1. Bronchorst. 2. assert. 93.* contententes, dubias causas intelligi eas, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque isto demum casu locum habere, quod de iurejurando suppletorio sive necessario deferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri nostro minus consentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim potest dici causa laborare inopia probationum, cum ab utraque parte plene probatum est: sed tunc auctoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habendum erit, ac si nihil probatum esset, & reus, ut dixi, absolvi debebit. *c. cum sunt. ext. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnantia. 188. ff. eod.* Et vero si, ut illi volunt, ubi auctor uno teste probavit, & reus nihil, nihilominus reus absolvendus sit, multo magis absolvendus erit, ubi ille totidem testes pro se produxit, quot auctor. *Matth. Wesenb. consil. 13. n. 3.* Nec quod illi regerunt, magni momenti est, nempe alias effici, ut hoc iusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum est. Nam primum tunc non potest dici causa dubia. Deinde aliud est defectus probationum, ubi nullæ suppetunt; aliud inopia, ubi quædam suppetunt, sed ancipites aut minus idoneæ. *Cujac. lib. 22. obs. 28. in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor est egestate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est, suppetit.

Sed expendamus singula, quæ huic sententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium: Aut probata auctor, aut non probat. Illo casu vincit sine iurejurando. *l. 9. C. de oblig. & act.* hoc casu reus absolvi debet. *l. 4. C. de eadend.*

Respon-

Respondeo, est medium quiddam, cum scilicet actor neque omnino probat, neque nihil, sed aliquid, &, ut loquuntur, semiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egisse, propterea quod iudex ei penitus assentiri non debet, *arg. l. 3. §. 1. & 2. ff. de testib.* Ajunt paria esse non probare & non perfecte probare, per *l. 6. ff. qui satisd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere justam & legitimam. *l. ult. C. de probat.* Respondeo, ratio hæc obstarat, si semiplenam probationem sufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per se non sufficit, sed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus ad suppletorium hoc juramentum iudicem recurrere posse & debere. Nimirum paria quidem ista sunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis est, ut fidem & assensum mereatur, quia per se inefficax: sed quando alia adminicula accedunt, ut fieri potest. *l. 5. l. 6. C. de probat.* jam pro perfecta cedit, & plenam fidem facit. Instant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. spadonem. 15. §. qui jura. 11. ff. de excus. tut.* unde colligunt nec iuramentum junctum cum semiplena probatione posse efficere probationem plenam. Sed non est novum, ut duo aut plura, quæ per se singula infirma sunt aut inefficacia, juncta simul & coacervata, vires & efficaciam consequantur, verbi causa, unius testis, quamvis omni exceptione majoris, testimonium plenam fidem non facit: sed si ea, quæ dicit, consentiente fama, aliisve veritatis indiciis confirmantur, jam illius testimonium pro plena probatione habendum est. *l. 5. & 6. C. de probat.* Similiter etsi singula pacta per se actionem non producant, si tamen id quod pacto quis promisit, se soluturum pacto item deinde constituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ constitutæ jure prætorio in constituentem datur. *l. 1. & 101. tit. ff. de pecun. constit.* Sic etsi neque sponsalia, neque concubitus per se matrimonium efficiunt, si tamen ad sponsalia accedat concubitus, transeunt in matrimonium. *c. veniens. 15. c. si qui fidem. 30. extr. de sponsal.* Et ut favore pupillorum receptum sit, ne duæ aut plures imperfectæ excusationes unam aliquam perfectam efficiant: in nostro tamen casu alius favor est, qui suadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræsentent, nescilicet probationes redigantur in angustum contra *l. quoniam. in fin. C. de heret. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurej. Sichard. in l. 3. C. d. t. n. 12.* Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus solennitatem & subsistentiam certus numerus testium desideratur, quorum uno deficiente actus sit nullus, ut in testamentis, hic si pauciores sint adhibiti, juramento suppletorio non est locus. *l. si unus. 12. C. de testam. Salic. in d. l. 3. n. 16.* Sed fortasse nihil adhuc profecisse videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem esse nullius, & expresse legibus vetitum esse unius testis, quantacunque dignitate præditus sit, responsionem audiri. *l. iurijurandi. 9 §. 1. C. de testib.* Respondemus ne nos quidem hoc dicere, unius testis vocem esse audiendam, id est, credendum esse unius testimonio: credere est plene assentiri. Potest tamen unius viri honesti & gravis testimonium movere animum iudicis & creare etiam non levem suspicionem. Opponuntur in *l. 3. §. 2. ff. de testib.* quid aut credat iudex, aut parum probatum sibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id iudex ei credere non debeat seu penitus assentiri. Senlim ad firmam assensionem pervenitur & quasi per gradus. Plerumque levi primum suspicionem iudex movetur, mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit; tandem succedit & plena persuasio ac firmus assensus, accedenti-

bus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & assensus modo plenus & integer, ac firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Callistrato in *d. l. 3. §. 1. & 2. ff. de testib.* Cum autem satis constet ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diversi generis, jungi, & ita junctas firmum assensum mereri posse, necesse est, ut per se quoque singulae consistant & aliquid operentur. Finge ab actore produci testem unum, hominem spectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari: quamvis singula hæc per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod singulis pondere deest, numero suppleant. Finge proferri chirographum, quod is adversus quem profertur, a se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, sit vir gravis & integræ existimationis, accedere testem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non iudex moveri, quin opinetur actorem bonam causam habere: sed quia hæc probatio sola & per se plenam fidem non facit, quæ scilicet ad definiendam controversiam & sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam sufficiat, hic dicimus rem ita transigi oportere, ut iudex in supplementum ejus, quod ad justam probationem deest, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præstito, secundum eum judicet. *d. l. admonendi. & d. l. 3. C. de reb. cred.* Qui hæc negant, & superiorem distinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, postulantes sibi concedi πὸ ἐν ᾧ, id quod est in quaestione, quæ manifesta captio est. Quæstio hæc est, an omnino jus præscribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei gestæ fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliæ rationes in judiciis admitti atque a iudice audiri debent, quam quæ seorsum per se singulae sunt quasi apodicticæ non alia instrumenta, quam ubi per se quodvis sufficienter probat, eamque fidem judici facit, quæ movere eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud profert, ferendam: At consequens hoc falsum esse supra satis demonstratum est ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio, qua potestas iudicis in deferendo jurejurando suppletorio limitatur, est, ut id deferat causa cognita. *l. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud est, quam ut iudex ei deferat, cui deferri ob justas causas æquius esse videbitur, non enim statim, v. c. actori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspiciendæ prius personarum & causæ circumstantiæ. *c. ult. ext. de jurejur.* Itaque nihil, meo iudicio, præcise hic definiendum: sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur: in primis fides cujusque & conditio personæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur, testimonium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis iudex ex animi sui sententia æstimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Pernitiose igitur errant iudices, qui hoc jusjurandum passim & sine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tractat. de probat.* Quædam etiam causæ sunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujusmodi sunt causæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ esse debent, sed etiam luce meridiana clariores. *l. ult. in fin. C. de prob.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præsumptivæ, qualis

qualis est probatio per juramentum. *l. 5. pr. ff. de pœn. l. antepenul. ff. de quæst. Sichard. in l. 3. C. de reb. cred. n. 5. Gail. 2. obs. 94. n. 3. Mynsing. 2. observ. 87. Fachin. 1. contr. 25. Costal. 1. 3. ff. de jurejur. Diod. Thulden. in C. de reb. cred. n. 9. quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. Novell. 124. c. 2. unde *auth. novo jure. C. de pœn. jud. qui mal. jud. c. 5. & ult. de purg. cau. c. 1. ext. de confess. Item causæ matrimoniales. Gail. d. loc. Covar. de matrim. p. 1. c. 4. §. 1. n. 8. Item causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. Sichard. d. loc. n. 8. Gail. 1. obs. 108. n. 11. Mynsing. 1. obs. 68. In quibus tamen, si plus quam semiplene probatum est, huic iurijurando locum esse volunt, puta si cum semiplena probatione concurrat aliqua suspicio aut conjectura. Gail. d. loc. decis. 57. Cur. Holland.**

CAP. XLV.

An judex possit ab initio modum statuere iurijurando in litem, & an ex causa possit id non sequi, vel a principio non deferre?

EST genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei soli deferitur actori, & a nostris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ sunt species, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe verum rei prætium excedit. *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur. veritatis, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti vere ipsius inter sit, omni affectione semota. l. 2. §. 1. ff. eod. Prius in specie vocatur in litem: quanquam & posterius sic appellatur. l. 5. §. ult. cum l. seq. ff. eod. Utrumque deferitur a solo iudice. l. 4. §. 1. ff. eod. Posterius etiam in strictis judiciis deferitur, re post moram aut culpa debitoris perempta. d. l. 5. §. ult. & l. seq. Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non resituentis aut exhibentis. d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. cum similib. Ad hoc posterius videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus licere actori in infinitum jurare, atque id etiam iudicem sequi debere, l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. qui restituere. §. 1. de rei vind. nec potest dici pejorasse, qui ex affectu jurejurando rem æstimat; quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero prætio. In infinitum autem idem valet, quod in immensum, ut id postea in d. l. 4. §. 2. explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quæ longe rei prætium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis æstimetur. Hæc enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas ad quam usque juretur, non est definita, ideo necesse non esse, ut jurans hic servet certum aliquem in jurando modum. Sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem æstimare, & in eo affectioni suæ etiam immodice indulgere. Eodem sensu Justinianus in §. & unum. 4. *Inst. de hered. instit.* dicit posse testatorem in infinitum quotquot velit heredes instituere. In infinitum, id est, *εἰς ἄπειραν*, ut infinitum istuc accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur. 1. an judex possit ab initio modum huic iurijurando statuere, ad quem usque juretur. 2. an possit aliquando judex id non sequi. 3. an possit in totum non deferre. Negat hæc omnia *Ant.**

P p p 3

Faber

Faber. 16. conject. 17. & dec. 18. err. 10. contendens nec ab initio taxationem, nec postea diminutionem aut solutionem judici apud veteres permissam fuisse: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem constanter dicimus posse atque olim etiam potuisse judicem taxationem huic iurijurando adicere; posse & potuisse iusjurandum non sequi, sed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorsus absolvere; denique posse & potuisse id a principio non deferre. Ad hoc autem probandum non est necesse uti argumentis longe petitis: loci in medio positi sunt veterum Jurisconsultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos, & tantum non iisdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* querit, an iudex modum iurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem jureretur, ne arrepta occasione jureretur in immensum: & respondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei iudicis congruere. Marcianus in *l. 5. §. 1. ff. eod.* potest, inquit, iudex præfinire certam summam usque ad quam jureretur. In *l. 3. §. 2. ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum esse, quod reus contumax per in litem iusjurandum petitoris damnavi ei possit, iudice quantitatem taxante. Paulus in *l. arbitrio. 18. ff. de dol. mal.* ait posse per contumaciam suam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, sed officio iudicis debere in utraque actione (de dolo scilicet, & quod metus causa) taxatione iusjurandum refrænari. Ex iisdem locis simul intelligimus, jurare quidem in infinitum, seu in eam summam, quæ prætium rei longe excedat licere, atque id quoque iudicem sequi, sed tunc cum taxatio iurijurando adjecta non est: cæterum si iudex certam summam præfiniverit, ad quam usque jureretur, tum ultra jurare non licere. Non obstat *l. qui restituere. 68. vers. si vero non potest. ff. de rei vind.* quoniam verba illa Jurisconsulti, sine ulla taxatione, minime referenda sunt ad vocem *damnavi*, sed construenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipso textu, ut sit sensus, cum juravit nulla taxatione a iudice præfinita, id iudex sequi debet. Sed & si iudex modum iurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen iusjurandum non sequi, & vel minoris reum condemnare vel prorsus absolvere: utique ex magna causa & postea repertis probationibus: verba sunt Ulpiani in *d. l. 4. §. 3.* & est arg. in *l. admonendi. 31. ff. de iurejur.* Magna causa est, veluti si doceatur reum non desuisse dolo possidere, aut petitem non esse dominum fundi, aut pro parte non esse, aut partem duntaxat a reo per contumaciam non esse restitutam; atque hic locum habet, quod Jurisconsultus ait, posse iudicem vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere. Nec quidquam mutat *auth. post iusjurandum. C. de judic.* ubi non agitur de iureiurando affectionis, sed veritatis, quo impensæ litis a victore æstimantur. *Gloss. ibid.* Quod si ex novis instrumentis hoc iusjurandum retractari potest, poterit etiam ab eo appellari. Est enim hoc iusjurandum in huiusmodi casibus simile necessario seu suppletorio, quia utrumque iudex non pars parti defert, & defert altera parte invita. *Fac. l. ult. §. 1. ff. de appellat. Duar. ad l. 5. ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propius accedit ad voluntarium, quoniam actoris causa comparatum est, qui idcirco id impune recusare potest, si de vera æstimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur.* Borcholt. *tr. de in lit. jur. c. 3. n. 27.* & est in eam rem textus expressus in *l. quod si possessor. 71. ff. de rei vind.* Quod vero in *l. 4. pr. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut iurent, cogi non posse, id propter specialis dubii in his personis rationem notandum fuit, quia si recusent jurare, tutelæ vel curæ iudicio de damno inde accepto pulsari possunt. *Conditio autem in d. l. 4. in fin. pr. si velit.*
propria

propria est hujus jurisjurandi, non adolescentis. Borch. d. tract. de in lit. jur. c. 3. n. 27. & seqq. Donell. 26. comm. c. 12. Quid igitur est, quod Paulus in l. ult. ff. eod. scribit, ex necessitate juris in litem jurari? Respondeo primum Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, sed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere necessitatem aliquam juris publici, sed privati; quia cum æstimatio rei, quæ non extat, difficilime probari possit, necesse sit auctori jurare, nisi eam sibi perire velit: & denique, sic Paulum loqui respectu judicis, quia judex sine delatione jurisjurandi non potest æstimare rem, quæ non extat. l. 5. §. ult. ff. eod. Illud autem ineptum est, quod quidam ajunt, in d. l. ult. agi de necessitate patiendi delationem jurisjurandi imposita contumaci, non de necessitate imposita ei, cui deferitur: nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob solam contumaciæ deferitur, illic agitur; neque verbis Jurisconsulti, qui ex necessitate juris in litem juravit, talum sensum affingent, qui Latine sciunt, ille jurat ex necessitate juris, id est, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurisjurando statuere potest, ita & potest ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum a principio non deferre, ideo & modum jurisjurando statuere potest, ne ultra certam quantitatem juretur. Ratio & collectio Ulpiani in d. l. 4. §. 2. item Marciani in d. l. 5. §. 1. ff. eod. & ibi vulg. DD. Potest ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur, & ideo potest, quia potest in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in d. l. 4. §. 1. scribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre: quippe quo hoc tantum significatur, si quo casu deferendum sit, a judice deferendum esse, non a parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiam si de dolo & contumacia adversarii aperte & liquido constet, esse in potestate judicis non deferre, sed ubi de eo ambigitur nec satis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permessa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, sed commissa viro bono, cum necessitate arbitrando & statuendi, quod sibi æquius melius videbitur. arg. l. si sic legatum. 75. ff. delegat. 1. Duar. ad tit. de in lit. jur. n. 29. Coras. ad l. 5. eod. n. 21. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moveat, ut contra tot expressos & claros textus superiora omnia negaverit: neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis suæ profert præter locos in l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. l. 4. in pr. & §. 1. l. ult. ff. de in lit. jur. in quibus tamen nullum ei præsidium esse, satis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adscribere, quasi in iis ipse sermo Triboniani eluceat. Ait igitur d. l. 4. §. 2. a verbis, Sed an judex, &c. & §. seq. item l. 5. §. 1. & 2. ff. de in lit. jur. l. arbitrio. 18. pr. vers. sed officio. ff. de dol. mal. esse ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque istam ignotam veteribus primum a Zenone introductam l. 9. C. unde vi. Sed profecto tot illustres, quos modo citavimus, locos ex π. in quibus est tersus & emendatissimus ac genuinus veterum sermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adscribere nimis temerarium est. Aliter olent catuli, aliter sues. Subactæ in Latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Jurisconsultorum discernunt a circumducta & molesta oratione Justiniani aut Triboniani. Legitimumque modum digiti callemus & aure.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præscriptis verbis & conditio ob causam dati?

CONTRACTUUM innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l. 5. pr. ff. de præscr. verb.* do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem constat, præscriptis verbis, & conditionem ob causam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, visum fuerit. *d. l. 5. §. 1. & §. 2. ff. eod. l. 7. §. 2. ff. de pact.* Præscriptis verbis agam, si velim, ut ille, cui dedi, etiam ex sua parte contractum impleat, id est, ut & ipse det vel faciat, quod convenit. Atque hoc casu si non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti interest mea illud, de quo convenit, datum aut factum esse, etiamsi de re certa danda convenerit. *d. l. 5. §. 1. 2. & §. 1. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.* Quod si is, cui dedi, cesset dare aut facere & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe conditione ob causam dati, qua repetam quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. *d. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præscr. verb.* Hæc autem actio non est ex contractu innominato, qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita quadam conventionione, & extra id quod expresse actum est, nascitur. *l. 13. in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expresse, ut vicissim des vel facias; quæ conventio efficit contractum innominatum, unde est actio præscriptis verbis in id, quod interest: alterum tacite, ut si non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quasi tacita conventionione & quasi contractu oritur conditio hæc ob causam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque superior actio non competit: sed ut una tantum hic, eaque expressa est conventio, unusque contractus innominatus & verus, & ita una duntaxat ex utraque actio. Tacita conventio hic nulla aut quasi contractus, ex quo ad repetendum conditio ob causam dati, quia nihil datum, sed factum est; facta autem repeti non possunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus istis casibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præscriptis verbis. *l. 5. §. 4. & §. 1. 9. l. 12. ff. de præscr. verb.* conditio- ni autem ob causam dati hic locus esse non potest, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des non alia, quam de dolo dari videtur. *d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. l. 4. C. de dol.* in cuius specie est contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic conditio ob causam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum. *d. l. 15. l. si tibi. 22. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præscriptis verbis datur, contra quam diserte Paulus in *d. l. 5. §. 3. ff. de præscr. verb.* Non enim possis cum Donello tract. de præscr. verb. c. 10. & seqq. Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, a contractu recedere cupit, quo casu cum conditioni locus esse non possit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex pro- fesso

fesso agitur de actione præscriptis verbis, non de conditione nisi obiter, quippe quæ nec ex conventionem expressa aut contractu innominato, nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l. 5.* ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. *seq. 3.* subiicit, ex articulo facio ut des nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepte talis casus proponatur, quo quis vult a contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? Vetus interpret Azo eumque secutus Accursius in *d. l. 5. §. 3.* & nonnulli alii tum veterum tum recentiorum ita distinguendum esse arbitrantur. Cum aliquid contrahitur synallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, ajunt, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb.* idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adfit, ut in *l. si polienda. 22. ff. d. tit. l. 6. C. de transact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo adest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias contrahatur *συνάλλαγμα*, seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nasci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit *συνάλλαγμα* & actionis civilis. v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione indicii consequaris. Itaque his casibus cessante actione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minus in factum. *d. l. 5. §. 3. l. 15. in fin. ff. de præscr. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum est, parem esse utriusque rationem, & quia alias etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad d. l. 5. §. 3. & seq.* putat in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l. 15. ff. de præscr. verb.* quamvis indicanti servum fugitivum nihil absit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis: & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat, secundum quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari ubi dolus arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ Pauli in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. eod.* ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque a te manumisso, quem dedi, evictus est. Paulus scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam

Q99

actio.

actionem ex sententia Juliani, si ignorans, in factum civilem. Quamquam locus iste Pauli suspectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionum extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi a Mauriciano & Ulpiano in l. 7. §. 2. ff. de pact. qui putant utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo, & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem danda est in factum prætoriam, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid intersit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit; an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit; aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐν τῶν δότηρων, nec sine causa existimat Cujacius ad l. 7. §. 2. ff. de pact. verbum illud civilem apud Paulum in d. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præscr. verb. esse addicamentum Triboniani, & argumentum imperitiæ Compositorum.

CAP. XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?

QUÆSITUM est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cum aut quod factum est, factum esse nescitur; aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuitur, in jure errat. l. 1. ff. de jur. & fact. ignor. ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorati. l. 1. §. 1. l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. ff. de cond. indeb. quippe cuius per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. l. cuius. 53. ff. de reg. jur. Et ex contrario certi quoque juris est repetitioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit. l. 6. l. 7. C. de cond. ind. l. error. 7. C. de jur. & fact. ignor. Illud solum quæritur, an etiam ei conditio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores Cujac. 5. obs. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 3. Donell. 1. comm. 21. Bronchorst. 2. ass. 36. Perez. in Cod. de cond. ind. 12. Affirmant interpretes veteres, eosque secuti Zas. ad rubr. de cond. ind. n. 5. Sichard. ad rubr. & l. C. eod. Wesenb. par. eod. n. 9. Thulden. C. eod. n. 4. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Batav. c. 30. Christin. vol. 3. decis. 8. Bachov. disput. 4. de act. thes. 17. Antequam vero sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hic quæritur, operæ prætium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali

rali aut e converso? Si tantum jure civili, id est, si ex ea obligatione debeatur, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluti, ut vere indebiti datur repetitio. *l. si non sortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. si quis. 43. l. ex his omnibus. 54. ff. de cond. ind.* Nimirum hujusmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur; imo nec vere deberi intelligitur jure civili. *l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. nihil interest. 112. ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, utut jure civili seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigi non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur, sententia innumeris locis tradita. *l. naturales. 10. ff. de obl. & act. l. indebiti. 13. l. si pœnæ. 19. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l. Julianus. 60. ff. de cond. ind. l. 3. §. ult. ff. quod quisq. jur.* Et vero cum etiam id quod natura debetur, in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse Julianus & Paulus responderunt. *d. l. Julianus. 60. ff. de cond. ind.* Hucitem plerique referunt exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfam. si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & paterfam. postea factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet. *l. 9. in fin. & l. seq. ff. de senatusc. Maced.* Assertur & alia denegandæ ex hac causa conditionis ratio in *l. qui exceptionem. 40. ff. de cond. ind.* Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus. eod.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de senat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis. *l. si mulier. 16. §. 1. ff. ad sen. Vell. prodigi promittentis. l. 6. ff. de verb. obl.* aut alias destituta sit juris civilis auxilio, licet admittat accessiones, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta, talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur. *l. qui exceptionem. 40. & l. seq. ff. de cond. ind. l. 9. C. ad sen. Vell. d. l. 6. ff. de verb. obl.* Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solennis, vel legantis supra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet. *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quoad quæstionem propositam attinet, subscribo sententiæ veterum interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla sublit naturalis obligatio. Mover me primum hæc ratio, quod conditio

indebiti ex bono & æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. ind.* ac proinde non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam vero æquitatem prætere-
re poterit, quove colore de iniquitate conditionis excipere, cui quid solutum est,
quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, sive quod
causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in mere
civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non com-
pensetur. *l. 14. ff. de compens. accessiones non admittat. l. 3. §. 1. ff. de pecun.
constit. l. 7. ff. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta denegat actionem, in
dubio non det nisi cum exceptione. *l. nam posteaquam. 9. ff. de jurejur.* quo tamen
& ipso ostendit se id pro debito non habere; quis credat, si id vel per errorem juris
solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est, neminem debere
cum alterius detrimento fieri locupletiores. *l. nam hoc. 14. ff. de cond. ind.* Ut ecce,
si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non
possum adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solutum
sit, retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu,
quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut
quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evi-
dens est in *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.* Ubi Pomponius diserte ait, ex stipula-
tione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro
& extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Atilicium respondit, pecuniam
solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset,
repeti posse, ac proinde solutam errore juris. *l. qui se debere. 7. ff. de cond. caus. dat.*
Similes loci sunt in *l. cum n. 32. §. 1. l. si quis. 43. l. si fidejussor. 59. ff. de cond.
indeb. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de
facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, quæ igno-
rantia pro ignorantia juris habetur. *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim po-
test proprii facti ignorantiam prætere-
dere. *l. 7. ff. ad senat. Vell. add. l. mandatum. 57.
ff. mand. l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto
titulo *π. de cond. indeb.* alias satis prolixo, nusquam aut errori facti tantum repetitio
tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive
quod solutum est, omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi
non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscunque sit, non
obstare repetitioni, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod lucu-
lenter probantur *l. 1. §. 1. & l. si non sortem. 26. §. 3. ff. eod.* tum ratio, ob
quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum quia do-
nasse intelligitur. *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.* quod sane de eo,
qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest: nec aliam
ob causam in specie *l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* conditio satisfactionis conceditur jus
ignoranti, scienti denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod a Pa-
piniano responsum est in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ
rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicue evincere mihi videor,
etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc
negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique
nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit
sine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum responsio captiosa est, quod con-
dicens

dicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero hic de tempore conditionis institutendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit recuperare. Et tantum non ridiculum est, quod ajunt errorem juris solventi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translatio per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi vero damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum refarcitur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damno superest: nihil autem amplius hac conditione recuperatur, quam quod damnum abstulit. Et omnino quod idem Papinianus in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obstat huic definitioni *l. si fidejussor. 29. §. 1. ff. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum factum non ignoraret, in jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de conditione autem nullum ibi verbum. Ex iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem scientiæ & ignorantiae juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam. 18. ff. de cond. furt. l. falsus. 43. pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non prodest. *d. l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* exempla in *l. 4. ff. eod. l. 10. ff. de bon. poss. l. nunquam. 31. ff. de usuc. l. 11. C. de jur. & fact. ign.* suum vero petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet. *d. l. 7. & d. l. 8.* Et quod dicitur juris ignorantiam nocere *l. 9. ff. eod.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero meminisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quo minus solum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, natura qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum essem filiusf. mutuam pecuniam contra senatusconsultum accepi, & paterf. factus solvi, si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra. *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ult. ff. de senat. maced.* Solvi fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solennem, quia forte quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est. *§. ult. Inst. de fideic. hered.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti repetitionem habeo, si errore juris non item. *l. 2. C. si adv. solut. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *arg. l. 2. C. de fideicom. l. in testamento. 38. de fideic. libert. l. 5. §. si quis. 15. ff. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem: & hoc puto significare Grotium *lib. 3. introd. ad jurisf. Bat. c. 30.* his verbis, *Ten waar eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gediend.* Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l. 10. C. de*

jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. indeb. Nam profecto ob hoc solum, quod ego in iure erravi, tu iustam retinendi, quod tibi nullo iure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, *arg. l. non debet. 41. §. 1. ff. de reg. jur.*

CAP. XLVIII.

*An mulier ex quavis causa etiam extra iudicium efficaciter renuntiet
senatusconsulto Vellejano?*

FOE MINÆ non minus, quam masculi ex contractibus suis obligantur. Exceptæ est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne foeminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, *l. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris. *l. 1. pr. & §. 1. ff. ad senat. Vellejan.* Et proinde prospexit senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo (ut est sexus avarus quidem sed incautus non prospiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringerentur. *l. 2. §. 2. ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitione adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem senatus improbat. *l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell.* Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium. 1. si mulier se obligavit pro manumissione. *l. pen. C. eod.* 2. si pro dote. *l. 12. l. ult. C. eod.* 3. si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit. *l. 3. l. aliquando. 13. l. si pro. 21. & l. seq. ff. eod.* 4. si apud minorem intercessit pro debitore inope. *l. 12. ff. de minorib.* 5. si dolo eum deceperit, cui se obligavit. *l. 2. §. 3. l. si decipiendi. 30. ff. ad senat. Vell. l. 5. C. eod.* 6. si præcium intercessionis acceperit. *l. antiquæ. 23. C. eod.* 7. si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat. *l. 8. §. plane. 13. ff. eod.* 8. si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iterato. *l. si mulier. 22. C. eod.* sed pro extraneo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est. *auth. si quam mulier. C. eod.* 9. si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta. *auth. matri & avia. C. quand. mul. tut.* item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit iudicium accipere, ejus liberandi causa. *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.* quorum alterum rei necessitas expressit, recepta scilicet matris & avia tutela; alterum juris, quippe quod admissa solutione omnino consequens fuit. *l. solutione. 23. ff. de solut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra prædictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra iudicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competenti & vi senatusconsulti probe edocta sit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur a Gomezio *lib. 2. var. resol. c. 13. n. 17. Christin. vol. 3. decis. 36.* & aliis. Sed utut hæc sit communis & recepta

cepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomef. ubi sup. & alis ibid. & apud. Soar. in addit. citatis, veriozem esse judico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quatum propria, ut diximus, ratio est: renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est amplissimi ordinis providentiæ totam intercessionem improbantis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur. *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alioqui admissa contraria opinione, levi momento prudens senatus consilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur. Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest; neque sufficit ea res ad imbecillum & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit, cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris sui consciæ sint, senatusconsulto juvari constat: & semper hic militat ratio ducta a causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in secunda permissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *l. doli. 19. vers. diversum. ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod vero constitutum est a Justiniano in *l. si mulier. 22. C. ad senat. Vell.* ut iterata seu repetita post biennium intercessio senatusconsulti auxilium excludat. Id speciale rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & aliud hujus sententiæ argumentum in *l. antiquæ. 23. §. 2. C. ad senat. Vell.* ubi eo casu mulieri datur exceptio senatusconsulti, cum instrumento publice confecto & tribus testibus sublignato intercessio facta est, & ita ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, alias senatusconsulti auxilium non desideret. Quod si igitur mulieri non obstat intercessio tam solennis, quo minus locus sit senatusconsulto, multo magis locum habebit in simplici renuntiatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt: & quæ tam solenniter intercedit, serius profecto animum se obligandi habere ostendit taciteque hoc ipso videtur senatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præsumi possit. Et bona igitur hæc connexio est; Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium sublignatione firmato intercessit, multo magis ei succurrendum est, cum tantum simpliciter exceptioni senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *l. pen. C. de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ, aut alia consideratio privilegio locum facit, arg. *l. alia. 14. §. 1. ff. solut. matrim.* ut recte Alciat. in *l. pen. C. de pact.* Senatus autem cum improbat intercessionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honesta-

honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium. *l. 1. & l. 2. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens senatus consilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.* ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit iudicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admittit vel potius extorsit. Etenim hoc admissio, quod mulier pro debitore recte solvit. *l. 4. ff. l. 4. C. eod.* consequens omnino est, ut ei liceat & iudicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito. *l. solutio. 23. ff. de solut.* Nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem, & aperte æquum postulat, dummodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiat, non alia conditione mulierem iudicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat, se, si condemnatur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in jure apud prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscure extrema *d. l. ult. §. pen.* verba, & sic ad iudicem ire. *l. 1.* post renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum iudicem quem prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia Andreas Fachinæus *lib. 2. contr. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra iudicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad iudicem ibatur: sed prætor prius adeundus erat iudicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate ibatur ad iudicem, quem prætor dederat, iudicii instituendi & contendendi causa. Qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Brissotius, Hotomannus, Sigonius, &c.

CAP. XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

COMPENSATIO est debiti & crediti inter se contributio. *l. 1. ff. de compensat.* verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui, ego vicissim tibi debeo tantundem ex causa emptionis: agis mecum & petis centum ista, quæ tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur, ut quantitas seu pecunia utrinque debeat. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur: nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur jurisconsultus in *l. in rebus. 18. §. ult. ff. commod. & l. 7. §. ob donationes. 5. ff. solut. matrim.* Utrique non potest dici æqua præstatio ac tantundem reddi, nisi cum res quantitate

con-

constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit; quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore solvere, arg. l. 4. C. de compens. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare: & faciunt huc textus in l. si conveneris. 18. pr. ff. de pign. act. l. 4. l. si debeat. 22. ff. de compens. l. 4. C. eod. Paul. 2. sent. 5. Mercer. 1. opin. 14. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 108. late Schifordig. lib. I. ad Ant. Fabr. tract. 2. & seqq. Donell. ad §. 30. Inst. de act. n. 12. & lib. 16. comm. c. 15. Tulden. in C. de compens. n. 3. Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utrinque pecunia debetur; alias enim opus est mutua petitione seu reconventionem, ut nunc loquuntur. l. 14. & auct. & consequenter. C. de sent. & interlocut. Cæterum hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæsitum est, an cujusvis debiti nomine compensationem uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest, compensari cum alio queat, nulla dubitatio est: sicut ex converso, quod summo jure debitum per exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatae, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est. l. quæcunque. 14. ff. de compens. utpote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur. l. si non sortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. ff. de cond. indeb. cum simil. Tantum quæritur de debito naturali, an id etiam in compensationem deduci possit. Et puto posse: nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non si repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur. l. 4. C. de compens. l. 10. ff. eod. l. 4. ff. qui pot. in pign. Et secundum hoc diserte ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter debetur, in compensationem venire. l. 6. ff. de compens. Nimirum compensatio species quædam est defensionis & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis. l. 4. l. ob negotium. ff. eod. Et toto errant iudicio, qui compensationem reterunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde æquitas compensationis. l. in rem. 18. ff. l. 5. l. 6. C. eod. l. inter. 36. ff. de admin. tut. Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis a statu controversiæ alienis, & inscite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur, non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiisfam. mutuum pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solenni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali, sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum

R r r

est,

est, possit repeti, admittere compensationem) sed tale, quod ex conventionem descendens eisdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta; & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est, quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari. *l. naturaliter. 13. l. si poena. 19. l. frater a fratre. 38. l. quod pupillus. 41. l. si quod. 64. ff. de cond. indeb. l. naturales. 10. l. pupillus. 59. ff. de oblig. & act. l. 5. §. 2. ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæc etiam exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventionem debentur. *l. 3. C. de usur. ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt.* Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratri *συνηγεσίῳ*, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat. *l. frater a fratre. 38. ff. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam a se creditam propter obligationem naturalem. *d. l. 6. ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex *l. 6. §. sicut autem. 4. ff. de pecul. leg. l. naturaliter. 13. ff. de cond. indeb. l. servus. 14. ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt. *l. quæcunque. 14. ff. de compens.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio est; Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet; Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio. *l. qui exceptionem. 40. l. ex hñ. 54. ff. de cond. indeb.* Ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque, quod vi ipsa nullo jure debetur, *l. 3. §. 1. ff. de const. pec. l. nihil. 112. ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur. *l. cum amplius. 84. §. 1. ff. de reg. jur.* licet jure civili exigi nequeat? denique a remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui. *d. l. 3. §. 1. de const. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l. 1. §. debitum. 7. cod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quam sic argumentari. Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem summo jure potest sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est. *l. Marcellus. 66. l. nihil. 112. ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi, oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione; veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde a debitore probanda sit. *l. 1. C. de probat.* prope abest a natura exceptionis.

Nemini

Nemini autem interpretum vel personarum unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in iudicium deducturus, nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usus inficiatione, id est, negaturus ullam auctori propositam actionem de eo, quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud iudicem quæri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiam si sententia iudicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei iudicata exceptione solverit, non repetit: utrumque verum est. *l. Julianus. 50. ff. de cond. indeb.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat. Quod quid sit, non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat? aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, iudicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo, quod ipse civiliter petitori debet: & sic naturalis debitor patitur compensationem, perindeque habetur, ac si solvisset. Nihil præsidii habent in *l. 2. C. de compens.* Illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & iudicatum fecerat; negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa iudicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cuius soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hætenus verum est, quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa iudicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa a creditore conventus compensationem uti potest: cæterum si ante solutionem iudicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debita implorare non prohibetur. *d. l. 2. C. de compens.* Quod si hæc eorum sententia est, cuius debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti nec esse compensationem, jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Eiusdem commatis est & hæc eorundem argumentatio; ex naturali obligatione nulla nascitur actio: at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere. *l. amplius. 15. rat. rem hab. l. 6. C. de compens.* ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem; Qui non potest agere, non potest excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur. *l. 1. ff. de except.* aut ita ex *d. l. amplius.* Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine iudicio, accipit, petere videtur. Item, qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur. *d. l. amplius.* Quis hæc aut similia non explodat? Quærit jurisconsultus in *d. l. amplius.* quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissæ intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res iudicio petita est, sed etiam cum sine iudicio, forte ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promissit amplius non peti, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem esse ait ejus, qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur quanquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere. Minime vero novum est, ut ei, qui ultro agere aut petere non potest, actione ab alio

instituta ex æquitate officio iudicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur instituta, si quam haberet, actione. *l. plane. 38. ff. de hered. petit. l. sumptus. 48. ff. de rei vind. l. ex quibus. 51. ff. de cond. ind. l. Paulus. 14. ff. de dol. mal. exc. l. heres. 21. ff. ad senat. Trebell. l. 4. C. de usur.* In compensatione autem est defensio & retentio. *l. 4. l. ob negotium. 20. ff. de compens.* Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum Ulpiani in *l. 6. ff. eod.* ubi aperte & rotunde jurisconsultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Ajunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli, locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito. *arg. l. 5. pr. ff. de auct. tut.* Quasi vero Ulpianus sic generaliter definiens de hoc uno tantum casu somniasset, aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. & §. 1. Inst. de oblig. §. 3. Inst. de auct. l. 6. ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compensationem: cum tamen propter lummam hujus naturalis obligationis æquitatem solum condicere non potuerit. *l. naturaliter. 13. §. 1. cum l. seq. ff. de cond. indeb.* cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea, quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod fere præterieram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrimque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur, censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutæ pecuniæ, conditionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile. *l. 1. §. pen. de constit. pec. l. naturaliter. 13. ff. de cond. ind. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejuss.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiam si non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores. 10. ff. de verb. sign.* ut bene Cujacius & alii in *comment. ad d. locum* observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet. *arg. l. 4. §. 2. ff. de vulg. & pup. subst.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura & diversa producere potest, ne alias oriatur absurdum seu ἀκατάληκτον, ut in specie *d. l. 4. §. 2.* quod non sit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

C A P. L.

An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?

UTRUM cujuscunque debiti ad quodcunque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admissa fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad §. in bonæ. 30. Inst. de auct. n. 7.* an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib. 8. obs. c. 16. & lib. 15. c. 12.* supervacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas duntaxat

duntaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur. *l. ult. C. de compens. d. §. in bonæ. Inst. de act.* sed nimirum hoc effectu, ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est; & pro soluto retro habeantur. *l. 4. C. eod. tit.* ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint, etiam post rem judicatam in executione sententiæ. *d. l. ult. junct. d. l. 2. C. eod.* Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat. *d. §. in bonæ. Inst. de act.* Id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. *Zanger. p. 3. de except. c. 8. n. 95. & seq. Cacher. decis. 129. n. 13. Menoch. 2. arb. quæst. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re non nihil judicis arbitrio tribuendum existimat, in quo illi facile assentior. Liquidum debitum & illud existimandum, quod juristantum quæstionem habet, veluti si quæretur an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur. l. 2. C. depos.* Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiore requirat indaginem. *d. l. ult. §. 1. vers. hoc itaque. C. de compens. videbis Christin. vol. 1. decis. 231. & vol. 3. decis. 38. Zanger. ubi sup. n. 101. & seq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio. Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio caver, compensationem ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet, quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non fit ex causa liquida. Ideo repudiat, quia post multa forte certamina & reo jam pene convicto demum opponitur: unde sic recte colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceputationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptionem minuunt. *arg. l. 1. pr. ff. de off. ejus cui mand. jurisd.* Et vulgo quidem cum Accursio id admittunt interpretes, si debitor a creditore conventus statim debitum agnoscat, dicatque sibi vicissim tantundem a creditore deberi; atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat, etsi deberet, tamen sibi tantundem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur, an hic si actor probaverit sibi pecuniam, quam petit, deberi, nihilominus reus jam post longa forte certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & ad eam probandam admittetur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse & ad probationem admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis

probari potest. Nam primo constat olim ex rescripto D. Marci compensationes admittas fuisse opposita doli mali exceptione. Hoc quidem ius hæcenus mutat Justinianus, ut actionem quamcunque ipso jure minuat compensatio, si aperto jure nitatur: non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida: igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum. *arg. l. præcipimus. 32. C. de appellat.* At certum est jure veteri exceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare. *l. siquidem. 9. C. de except.* Secundo non rejicit Justinianus compensationem debiti non liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque disceptationem a debitore jam convicto aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, si in id tempus objectionem compensationis non distulit, sed statim initio litis eam opposuit, quamvis ex causa minime liquida adhuc, audiendus postea erit. Tertio idem evincitur ex verbis constitutionis, quibus Justinianus jubet, ut iudices stricto jure utantur adversus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compensationem debiti non liquidi opponunt. At stricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis contestetur, si quis eam postquam actor intentionem suam probavit, ante sententiam ad disceptationem velit opponere & probare. *l. 9. C. de præscr. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quarto si alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, si eam initio opposuerit, audiendum eum esse intra quodcunque tempus eam probet: neque distinguitur, utrum initio confessus fuerit se debere, & exceptionem solummodo opposuerit; an debere se negaverit, & tamen si convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit. *l. in exceptionibus. 19. ff. de probation. junct. d. l. 9. C. de except.* Idem ergo dicendum, si utatur exceptione compensationis, quæ est iustissima. Quinto & postremo, si is, qui conventus negat se debere, & tamen dicit, si debet, se solvisse, etiam postquam convictus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida. *l. 1. C. de probat. & ibi Sichard. post alios n. 3.* idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, etsi debitor primo neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est. *l. 4. C. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign. ita Donell. ad l. ult. C. de compens. & ad §. in bonæ. 30. Inst. de act. n. 5. Mudæ. ibid. n. 15. Zanger. de except. p. 3. c. 8. n. 104. & seq. & facit huc textus in l. 8. ff. de compens.* Unum est, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuat: quod tamen falsum esse aperte liquet ex iis, quæ ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis §. in bonæ. 30. Inst. de actionib. elicuimus. Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod confutatione dignum sit, responderetur.

CAP. LI.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?

QUI rem aliquam deposuit, hoc est, alteri custodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repenti. *l. 1. §. pen. & propen. ff. de pos.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate depositantis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi

reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine actioni depositi quicquam objici voluit Justinianus, licet in cæteris actionibus defensionem compensationis debitæque & creditæ inter se quantitatis contributionem admittat. *l. ult. C. de compens. §. in bonæ. 30. Inst. de action.* Cæterum si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceperat, abesse contigerit, poterit id consequi contrario judicio depositi, quo ultro de indemnitate sua cum deponente experiri licet. *l. 5. ff. de pos.* Sed quid si depositarius impensas in rem depositam fecerit, poteritne ob hanc causam depositum retinere, donec refundantur? & siquidem utiles tantum fecerit impensas, vix id admiserim; cum ad officium depositarii non pertineat hujusmodi sumptus facere. Nec puto posse eum contrario judicio has impensas petere, *arg. l. un. §. taceat. 5. vers. sed nec ob impensas. C. de rei ux. act.* Cæterum si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter hujusmodi impensas concedendam esse depositario retentionem rei depositæ affirmant Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Castr. in *l. 11. C. de pos.* quibus assentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes constat posse depositarium impensas necessarias petere & consequi, judicio contrario sive contraria depositi actione: Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur. *l. in rebus. 18. §. ultim. ff. commod. l. 15. §. 2. l. si n. qui. 59. ff. de furt.* At ob stare creditur *l. ult. C. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti restitutionem commodati regulari posse; nam si hoc verum est, multo minus recusari ob eandem causam poterit restitutio depositi. *arg. l. 11. C. de pos. l. ult. C. de compens.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si commodator aut qui deposuit decem ex causa mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti restitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.* quippe quo casu nec locus est contrario commodati aut depositi judicio: & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere. *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Donell. in d. l. ult. n. 3. & seqq. Cujac. in not. ad §. in bonæ. 30. Inst. de act.* qui tamen alibi pro commodati in *d. l. ult.* vult reponi commendati, lib. 9. obs. 37. quanquam perperam, quod nunc omitto. *vid. Gilbert. Reg. lib. 1. opin. c. 14.* Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium id quod contrario judicio consequi possunt, (possunt autem eo judicio consequi quod occasione ejusdem contractus iis abest, & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare. *l. 15. in fin. ff. de furt. l. si quis rem. 20. & ibi Gothofr. ff. de acq. poss.* Deinde cessat hic plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ; quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cum sine iis futurum sit, ut res pereat? Denique impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt detrudere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & ius aliquod in retribuere facienti. *arg. l. plane. 38. ff. de hered. petit. l. 5. ff. de impens. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l. 11. C. de pos. & l. ult. C. de compens.* quibus depositarius non solum jubetur confestim reddere

de-

depositum, sed etiam ut reddat, sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectent. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit. *l. creditor. 15. §. 2. ff. de furt.* Dissent. *Donell. in d. l. 11. n. 9. C. depos.*

CAP. LII.

An prater dolum etiam culpam, & quam culpam præstet procurator, seu mandatarius?

QUI negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur, sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extrajudicialia. *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum, qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt, cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam a multis annis procuratores appellari cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideo tamen abstinere eo nomine, sed utroque utar promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi obijciatur. Neque vero etiam omnem, qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare; verbi causa, non eum, qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam, quæri solet circa obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus. *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat. *l. si fidejussor. 29. ff. mand. l. quod Nerva. 32. ff. depos. l. 7. §. 1. ff. de suspect. tur. l. 1. §. si quoque. 5. ff. de oblig. & act. cum similibus.* Unde est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis *solum, tantum, duntaxat*; ut in *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. ult. ff. depos. & d. l. 23. ff. de reg. jur.* ubi depositum & præcarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur. *d. l. quod Nerva. 32. ff. depos. l. 1. C. eod. l. 8. §. 3. ff. de precar.* Omnis igitur controversia hic est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentia, quo summa significatur & exactissima. *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. sæpe. 35. ff. depos. d. l. 23. ff. de reg. jur.* Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil a procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem Ulpiani in *d. l. 5. §. 2. commod.* esse enim procura-

torem

torem similem depositario, seu ei, qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custodiendam suscipere: & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit. *l. 1. §. si quoque. 5. ff. de obl. & act.* idem imputari posse & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commisit. At depositarium præter dolum & culpam latiore nihil præstare. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri. *l. 8. §. ult. ff. mand. l. 11. C. eod. d. l. 23. ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum in *collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depof.* hæc verba Modestini referuntur: *In mandati judicio dolum & culpa præstatur.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim diserte scriptum est in *l. a procuratore. 13. C. mand.* a procuratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea pro Roscio Amerino, ubi de judicio mandati differens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo maliciosius, verum etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa est, cur Ulpianus in *d. l. 5. §. 2. ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur, & facit huc etiam *l. si mater. 24. C. de usur.* Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur; quod non convenit deposito: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario; sed cum eo depositario solum recte comparari mandatarium, qui ultro se deposito obtulit; quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa, quam quod ultro se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur. *l. 1. §. sepe. 35. ff. depof.*

Sunt, qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii seu procuratoris, modo utriusque utilitatem respicit; propterea quod hæc distinctio in commodato probata est. *l. 5. §. 2. vers. commodatum autem. junct. §. interdum. 10. l. in rebus. 18. in fin. pr. ff. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenit, dolum duntaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum cadere non potest: neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolum ejus intervenerit. *§. tua tantum. 6. Inst. de mandat.*

Sff

man-

mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cuius nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet. *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. eod.* ut proinde cum de obligatione mandatarii, circa prædictas præstationes quaeritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam consideratur in *l. in re mandata. 21. C. eod.* Plane in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cum non administratio commissa, sed negotium mandatum, quod industriam non requirit, veluti fidejussio. per *l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. fidejussor. 29. §. quedam tamen. 4. ff. eod.*

CAP. LIII.

An pactum de inaequalibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi aequalis est operæ & pecunia collatio?

IN cõjunda societate facile admissa est hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro. *§. 1. Inst. de societ.* Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admissum est, ut partes lucri & damni dispariliter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni, tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste Justiniano *§. 2. Inst. de soc.* Cæterum Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quam temperasse: & nimirum, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactiõnem naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam forte solum consideravit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti. *d. §. 2. Inst. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert sive pecuniæ, sive operæ & industriæ: quam distinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit responsum ejus in *l. si non fuerit. 29. ff. pro soc.* Atque ita olim contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam interpretes comm. ad *d. §. 2. & ad d. l. 29.* secuti sunt. *Donell. ad l. 1. C. pro soc. n. 23. Gomes. 2. var. resol. 5. n. 5. Mantie. lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit. 4. n. 9. & seqq. Christin. vol. 3. decis. 51.*

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus. *l. contractus. 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat

sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis sententiæ refragatur, quod generaliter definit Justinianus in §. 1. *Inst. de societ.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse argumento est, quod in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite constitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quisque contulit. per l. 6. l. *Mucius.* 30. l. *quid enim.* ff. *pro societ.* secundum quod Aristoteles lib. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνία, inquit, πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω. Et si vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur possit expressa conventionione id effici, cum non plane tollatur lucris communio, in qua consistit societatis substantia. Et quamvis in totum donationis causa societas non recte contrahatur. l. 5. §. 2. ff. *eod.* dubitandum tamen non est quin non minus ex parte donationis causa contrahi possit, quam emptio venditio. l. *si quis.* 38. ff. *de contr. empt.* quod & Mantica ubi *supr.* n. 19. videtur admittere. Quapropter existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati profit, quam alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendam, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuisse mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbasse inæqualitatem in d. l. *si non fuerint.* 29. ff. *pro soc.* Ut ut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angelum, Porcium & alios testatur Wesenbecius ad §. 2. *Inst. de soc. & in parat.* ff. *eod.* n. 7. add. Menoch. 2. arb. jud. quæst. cas. 125.

CAP. LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?

ETIAM uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse ob-
tinuit. l. 1. C. *pro soc.* & ita quidem, ut Justinianus ait in §. 2. *Inst. eod.* ut lu-
crum inter eos commune sit: quoniam sæpe opera alicujus tanti est, quanti pecunia,
juxta illud Plauti in *Asin*:

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus
intelligi debet. l. *si non fuerint.* 29. §. 1. ff. *eod.* Possunt igitur duo societatem sic
coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur;
alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, vendat, ut sic
deinde lucrum commune sit. In quo genere societatis quæsitum est, an etiam fors seu
pecunia, quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui
solam operam præstitit, sit dividenda; an vero is, qui contulit, eam percipere de-
beat, & id solum, quod superest, inter socios dividi? Et Cynus, Baldus, Castrenf.
Siehard. Donek. & comm. DD. in l. 1. C. *pro soc.* Fachin. lib. 2. contr. c. 94. Perez. ad tit.
C. *pro soc.* n. 8. & seq. Gail. lib. 2. obs. 24. n. 6. Thulden. ad *Inst. de societ.* c. 3. respon-
dent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere,

SSS 2

qui

qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est, inter socios divisionem fieri, rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coëntium, ut pecuniæ collatæ proprietates communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios urgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate præter sortem nihil superfit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmamento hujus sententiæ afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in *l. cum duobus. §. 2. vers. si in coëunda ff. pro socio.* ubi cum unus e sociis pecus suam alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d. §. 2.* subjicitur, socium quoque culpam præstare debere, si rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in *§. 2. Inst. de societ.* ubi ait ita posse coiri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur. Neque obstat huic sententiæ, quod simpliciter scriptum est in *l. 1. C. pro socio.* uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad usum duntaxat pecuniæ, & utilitatem, quæ non modo ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. *Fachin. Perez. Donell. ubi supr.*

Ex hac autem quæstione nata est & altera: utrum in hujusmodi specie societatis damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam? Et superiori sententiæ omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniæ ad eum solum pertinebit: cum utique res pereat suo domino. *l. pignus. 9. C. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficiat, eum damnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Adhæc, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amittere, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam sortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod, posito damnum commune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret sortis in totum amittendæ: quod genus societatis prope abesse creditur a scœnore & usuraria pravitare, per *C. plerique. 14. quæst. 3. Panorm. in C. per vestras. de donat. int. vir. & ux.* Ita post *Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castr. Fachin. lib. 2. contrav. c. 95.*

Cæterum, etsi hæc magnam veri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit. *l. semper. 34. ff. de reg. jur. l. 3. ff. de reb. cred.* Et siquidem nominatim in coëunda societate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæstu pecuniæ

pecuniæ & operæ mutuo collatæ descenderet, communio esset, certum est, pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie *l. cum duobus. § 2. §. 2. vers. si in coëunda. ff. pro socio.* licet ex contrario nemo dubitat, quin si expresse convenit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacite & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ ulu; quo casu verum est sortem domino perire, & si salva est, domino salvam esse: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ; quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non fors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habere debet, qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non usui tantum pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio; nullaque alia conventionem interposita casu factum, ut finita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil supersit: dico hic, eum, qui operam æquivalentem sorti impendit & perdidit, in partem sortis admitti debere, quasi id tacite actum sit, ne alioqui unus e duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit, amittat; alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur. *Fac. l. si id quod. § 8. pr. & §. 1. l. cum duobus. § 2. §. quidam sagariam. 4. ff. pro soc. & ita cape Glossam in l. 1. C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur, communio sit: ac proinde hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea, quæ supra. Priore autem casu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc utrumque spectare videtur & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita post Petrum a Peruffio, qui iudicis prudentiam hic desiderat, *Covar. lib. 2. var. resol. c. 2. n. 2.* quem laudat & sequitur Hugo Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 12. n. 24.*

CAP. LV.

An in emptorem hereditatis transeat jus accrescendi?

NON tantum corporis emptio est, sed etiam juris, puta hereditatis, actionis seu nominis debitoris. *titt. ff. & C. de hered. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hereditas vel actio vendita sit. *l. si cum emptore. 16. ff. de pact. l. ult. C. de hered. vel act. vend.* quamvis emptori ante traditionem nulla sit in rem actio: & licet venditor corporis teneatur de eviotione: venditor tamen hereditatis aut nominis eviotionem non præstat: sed satis est, si præstet hereditatem esse, nomen esse quale quale. *l. 4. l. qui filiusfam. 14. §. 1. ff. de hered. vend. l. si plus. 74. §. ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedio *l. 2. C. de resc. vend.* in venditione hereditatis aut nominis esse locum. Cum autem emptor hereditatis vicem

§§ 3

heredis

heredis obtineat, eique restituendum sit, non solum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit. *l. 2. §. non tantum. 4. & §. cum quis. 18. ff. de hered. vend.* quæsitum est, an in emptorem hereditatis etiam transeat jus accrescendi. Ponamus L. Titium heredem scriptum esse ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc suam hereditatis partem vendidisse Gajo Sejo. Quæritur si coheredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Gajum Sejum, emptorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem his quæstio moveri potest, quæ tanquam una confusim a plerisque tractatur; an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori: sin minus, an non saltem venditor, quod sibi accrevit, emptori præstare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæstionem priorem, plane negandum est emptori quicquam directo accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter coheredes, seu heredes ejusdem hereditatis, ut constat ex omnibus locis qui de hoc jure loquuntur: at emptor hereditatis neque a testatore, neque a lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres, sed venditor heres manet. *l. ei qui. 88. in fin. ff. de hered. instit.* Et quod notandum est, ut soli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignorant, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest. *l. heredi. 31. l. qui ex duobus. § 3. §. 1. ff. de acq. hered. l. 9. ff. de suis & leg. her. l. un. §. hñ ita definitis. 10. C. de acq. toll.* Nec vero putandum est emptorem hereditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit, jus accrescendi transit. Nam si heres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adiit & restituit, deficientis postea coheredis portio non fideicommissarium, sed heredi fiduciario accrescet, ut recte *Cujac. lib. 12. obs. 12. & 13. Ant. Fab. dec. 50. error. 4. centent.* Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur & heredis loco esse respectu testatoris propterea quod ad exemplum heredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ a defuncto in heredem sunt translata: non tamen succedit in jus omne ipsius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco heredis, sed heres heredis esset. Non offendor *l. Papinianus. 43. ff. ad senat. Trebell.* quia loquitur de eo, qui compulsus adiit, non qui ultro & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accrescere fideicommissario, sed heredi: at non manere apud heredem. Constat autem eum, qui coactus adiit, & quantum in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac si irritam fecisset, eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, haud secus ac si hereditatem non adiisset. *l. ita tamen. 27. §. 2. & §. si præceptis. 14. ff. ad senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus heres ipso jure maneat, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit, & id egit, ne heres esset, *l. 4. ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat quod laturus non fuisset, si hereditatem non adiisset. Quod si hic heres ex parte scriptus sponte, non coactus hereditatem amplexus esset, haud dubie aliud

Papi-

Papinianus & Ulpianus in *d. l. 43. ad senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere heredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obftet, quo minus maneat. Et est heres, qui compulsus adiit, respectu emolumenti non ab similis ei, cui tanquam indigno eripitur hereditas, eo quod tacite cavit se hereditatem restitutum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento aut occasione testamenti consecutus fuisset, amittit, & consequenter etiam jus accrescendi. *l. si totam. 83. ff. de acq. hered.* Ut autem ad emptorem hereditatis revertamur, unum est, quod maxime pro eo urgent alii, nempe responsum Papiniani in *l. si Titio. 33. §. 1. in fin. ff. de usufr.* ubi Papinianus Juliani sententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, personæ fructum accrescere: unde dicendum videtur deficientium heredum portiones non heredi, qui suam portionem vendidit, sed emptori qui eam, habet, accrescere debere. Respondeo non simpliciter Papinianum aut Julianum jus accrescendi attribuere portioni quasi portioni competat, eamque sequatur, apud quemcunque ea sit; sed personæ ejus, sive heredis sive legatarii, qui portionem suam agnovit & obtinuit ex voluntate testatoris, ad differentiam scilicet ejus, cui conjunctim cum alio usufructus ejusdem rei legatus est, qui etiam jus accrescendi habet, quamvis partem suam non agnoverit. *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc.* Nulla autem ratio dari potest, cur magis heres vendita portione hereditatis sibi acquisitæ jus accrescendi amittat, quam unus e legatariis ejusdem rei vendita parte sua. Sunt, qui respondent heredem hoc ipso, quod pretium consecutus est, videri adhuc portionem ipsam habere, pretiumque in locum rei succedere, & portionem venditam repræsentare, per *l. 4. §. ult. ff. si quis omiff. ea. test. l. si usufructus. 35. §. 1. ff. de usufr.* Sed quia hæc responsio non tollit totam difficultatem (quid enim, si heres partem suam alteri non vendiderit, sed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius, quam ipsi jus accrescendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabro *dec. 50. err. 5. Bachov. ad Treutl. disp. de emp. & vend.* illud ipsum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, nisi & hoc ipsum vitietur, & heres ex causa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis consecutus fuisset: quod contingit tum ei, qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ff. ad senat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio est, cur in specie *l. si totam. 83. ff. de acq. hered.* heredi, qui clam fidem suam accommodavit, ut incapaci hereditatem restitueret, nihil debeat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud, quod accrevit, ei tantum ministro fraudandæ legis aufertur, & fisco vindicatur. *l. 1. l. 3. l. Imperator. 43. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator.* Hæc autem ratio, quam Ulpianus in *d. l. si totam.* affert, quia rem non videtur habere, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus, non ad casum hereditatis venditæ, aut restitutæ capaci ab eo, qui sponte adiit. Nec vero semper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad casus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari possint, uruntur. Et alioqui sequeretur necessario neque eum heredem, cujus portio legatis exhausta est, integra legata solventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accrescendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam posito, portiones deficientium heredum non emptori hereditatis, sed heredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc quæri potest, an non saltem heres idemque venditor, quod ei postea accrevit, emptori ratione ex empto teneatur restituere. Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihil.

nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: sic enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cum quasi per aversionem jus omne, quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino sine ratione colligat aliquis etiam jus accrescendi ea venditione comprehensum. Denique cum emptor periculum sustineat nominum hereditariorum, non inique vicissim sibi asserere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc ita, nec sine specie, disputari possint: ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum quod occasione juris accrescendi ad heredem postea pervenit, ei extorquere possit. Etenim cardo totius hujus quæstionis in eo potissimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transiret. Utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem. *l. non omnis. 19. ff. de reb. cred. l. semper. 34. ff. de reg. jur.* Jam vero non est credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod an ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emptor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quæsitæ vendita censi debet, nec alia, quam illa ipsa & sola, ex qua heres institutus venditor fuit, & quam aditione acquisivit: id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam heredi competeat, ut & diserte responsum est in *l. 2. §. 1. ff. de her. vend.* Et quæso, cum pretium rei venditæ æqua proportionem constitui soleat, *l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid.* an non absurdum & iniquum videri debet, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ sive proportionem respondentem, cogeretur partem longe majorem & forte triplo, aut quadruplo, accrescentem postea ad emptorem transferre? Illa autem, quæ passim in *d. l. 2. ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis; quod ad emptorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est, quod emptor vicem heredis obtinet: accipienda sunt de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. & Salic. in l. un. C. quand. non pet. part. & Gomes. 1. var. resol. c. 10. n. 44. & Fachin. 5. contr. c. ult.* sententia est. *Dis. Bart. in d. l. re conjuncti. Duar. lib. 2. de jur. accrese. c. 6. & Papillon. in tract. de jur. accrese.*

CAP. LVI.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. competat venditori non ignorantem valorem rei venditæ?

QUAMVIS in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolus malus. *l. in causæ. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib. l. item si pretio. 22. §. ult. ff. locat.* est tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de resc. vend.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium justæ pretii; tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervernerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur. *l. dolus emptoris. 8. C. eod. tit.* Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii, quod accepit, restitutione petere potest, ut venditio rescindatur, & res ven-

vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppleat, quod iusto pretio deest. *d. l. 2. C. de resc. vend.* Quæsitum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior *Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi in d. l. 2. Menoch. conf. 562. Diod. Tuldano ad C. tit. de resc. vend. n. 4.* negantibus dandum esse contra *Albericum de Rosate in d. l. 2. n. 12. Pinellum p. 1. c. 1. n. 10. Fachin. 2. contr. c. 20.* Rationes hujusce assertionis nostræ hæ sunt. 1. quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit. *l. nemo. 145. ff. de reg. jur. l. venditor. 11. C. de resc. vend. l. si minor. 9. C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis causa minoris vendidit: nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod consulto & a sciente sit, donari intelligitur. *l. ejus. per errorem. 53. ff. de reg. jur. junct. l. si quis. 38. ff. de contr. empt. l. cum donationis. 34. C. de transact.* 3. quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit. *l. 1. in fin. ff. de action. empt.* Postremo a parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l. 1. C. si major fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.* ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere sunt. 1. quia Imperatores in *d. l. 2. C. de resc. vend.* beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit, an ignoraverit pretium rei suæ: at quam distinctionem lex non agnoscit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hac distinctione admittitur eluderetur beneficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ, etiam prædii longe distiti. *l. quisquis. 15. C. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate; quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantiae. *l. si non fuerim. 29. §. ult. ff. pro soc.* 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut a priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo disertis verbis distinctio ista agnoscitur, nempe *l. 1. C. si major fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.* etiam ipsa *l. 2. C. de resc. vend.* eandem distinctionem non obscure suppeditat, quoniam nemo sciens & volens lædi videtur; quæ regula utique etiam in venditione obtinet. *l. ea que commendandi. 43. ff. de contr. empt.* At humanitati *d. l. 2.* causam dedit iniquitas læsionis. Atque hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *d. l. 2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria sive iniquitate, quæ nulla est adversus scientem & consentientem. *l. nemo. 145. ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum id cum locis supra citatis tam manifeste pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat. Nihil præsidii habent in exemplo, quod afferunt, societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantum non etiam lucrum aut partem lucri expectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quod si forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, hallucinati sunt: eumque errorem confutavimus *supra c. 52.* At tamen in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fraternitatis in se habet. *l. verum. 63. pr. ff. pro soc.* non continuo id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure nulla

nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportionem responderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris est, minoris emere, quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem se circumscribere, contra *l. item si. 22. §. ult. ff. locat. l. in causæ. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib.* Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissime huic beneficio sit locus, eo quod venditor præsumatur non ignorare pretium suæ rei, ex *l. quisquis. 15. C. de resc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diserte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantia ignoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremo nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito dilrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco. 12. C. de resc. vend.*

CAP. LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. in transactione?

BENEFICIUM, quod venditori, qui rem minoris dimidia justii pretii vendidit, tribuitur *l. 2. C. de resc. vend.* ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit dandum esse, facile admiserim cum interpretibus contra Cujacium *lib. 16. obs. 18.* Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiaræ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni; quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem plane ratio est, in his idem jus statui oportet. estque hæc communis usuque forensi recepta sententia. Anceps autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem etiam producendum sit ad transactionem, puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas. *l. fratris. 10. C. de transact.* sicut & iurandum, cui transactio æquiparatur. *l. 1. §. 1. 2. ff. de iure iur.* Unde consequens est, ut quemadmodum dato iurejurando non aliud quæritur, quam an iuratum sit, omiſſa quæstione, an debeat. *l. 5. §. 2. ff. de iure iur.* ita quoque lite transactione bona fide sopita, nihil amplius quæri debeat, quam transactum sit: ne alioqui remedium finendis litibus comparatum, earundem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c. 1. ext. de trans.* Nec aliam rationem habere credo, quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere. *l. causas. 16. C. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res iudicata, *l. non minorem. 20. C. de transact.* At vero res iudicata prætextu læsionis, licet immodicæ, non rescinditur. *l. 2. C. de re iud.* Et porro sicut ex causa iudicati solum non repetitur condicione indebiti *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec solum ex causa transactionis, etsi debitum non fuerit. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 6. C. de iur. & fact. ign.* Quid quod

quod pecunia, quæ transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur. *l. nec intentio. 23. C. de transact.* quod apprime notandum est. Et magna satis causa iustaque est, cur detur, nempe ut a lite discedatur. *d. l. in summa. §. 1. ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est, *Il gaigne assez, qui se met hors de proces.* Adhæc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætextu. 19. de transact.* At quæ iustior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius. 78. §. ult. ff. ad senat. Trebell.* proponitur casus a Scævola, quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent, quomodo a nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset: Ponamus vero postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævola non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam restitutum erat: sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine heres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituuntur: secus vero est, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui huic sententiæ objici solet, nempe *l. si superstiti. 5. C. de dol.* ubi filia emancipata, quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia immodice læsa fuerit ex liberatione, quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solenniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filia expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de eare alia sit actio, *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit. *l. non debet. 11. ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit. *l. sed & 15. §. ult. ff. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio; verbi gratia, quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est interpretum in *l. si quis. 36. ff. de verb. oblig. vid. Ant. Fabr. Cod. suo forens. tit. de transact. def. fin. 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id

Ttt 2

non

non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de resc. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur. *l. dolus. 10. C. eod. tit.* nec unquam esse possit ἀνευ προαίρεσως. *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversus alium quemlibet. *l. si quis. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.* ut bene *Ant. Fab. dec. 8. err. 10. Schifordig. lib. 2. tract. 25. fere per tot.* Porro ratio cur actori, qui transegit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimatorem non recipere ait Ulpianus in *l. quemadmodum. 29. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* Imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio. Fatemur dubium eventum æstimari posse *l. propter. 23. ff. famil. ercisc. l. si jactum. 12. ff. de act. empt. l. 11. ff. de hered. vend.* sed negamus dubii eventus certam posse constitui æstimatorem. *d. l. quemadmodum. §. 3. l. quod debetur. 51. ff. de pecul.* ut proinde nec certa læsio dici possit, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatorem inducatur; cum tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcise tempore contractus, ut huic remedio sit locus. Atque hæc eandem ob causam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur. *l. 8. §. 1. ff. de contr. empt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. qui filius. 14. §. 1. ff. de her. vend. l. si plus. 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. eod.* In reo autem transigente prima facie videri potest omnino non esse locum huic quæstioni: quippe cum nemo plus dare soleat quam ab eo petitur: sed tamen & in reo transigente potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam ab eo petitur: attamen dicere potest, se nihil aut duplo minus, quam dedit, debuisse, & nihilominus ad vitandam litem tantam se summam dedisse. Cæterum nec reo hoc casu remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.* tribuendum erit. Non cum eodem casu cesset condictio indebiti. *l. in summa. 65. §. 1. ff. l. 2. C. de cond. ind. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* quæ & ipsa ex humanitate bonoque & æquo introducta est. *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & cessare debet remedium *d. l. 2.* Non me latet Pinellum ad *d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 5.* bonamque cum eo partem interpretum beneficium *d. l. 2.* porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, atque adeo ad ipsam quoque transactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n. 10.* audaci sane, ut mihi videtur interpretatione, & multarum litium semina continente. *vid. Andr. Gail. 2. obs. 70. Damhoud. prax. civ. c. 200. n. 6. & seqq. Fachin. 2. contr. 26. Diod. Tulden. ad tit. C. de resc. vend. n. 5. Ant. Fab. dec. 8. err. pragm. 10. Don. in d. l. 2. C. de resc. vend. n. 22. Perez. ad d. tit. C. n. 14.*

ARNOLDI VINNII, JC.
SELECTARUM
JURIS
QUÆSTIONUM
LIBER II.
CAPUT I.

Si conductor casus fortuitos in se suscepit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?



CERTUM est casus fortuitos nullo in judicio præstari, ac ne in commodati quidem. *l. 5. §. quod vero. 4. ff. commod. l. 1. §. & ille. 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. l. contractus. de reg. jur. l. 6. de pign. act. quo postremo loco verba illa, in nullo bonæ fidei judicio, non sunt adjecta ad excludenda judicia stricti juris. l. si ex legati. 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred. sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi duntaxat. *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul. l. in navem. 31. in fin. ff. locat. tantum abest, ut de vi majore & casu teneatur. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locat. d. l. contractus. de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventionione contrahentium mutari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus quam placitum est, præstabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur. *l. 5. §. 2. & §. interdum. 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit. 6. ff. depos. l. 1. C. eod. d. l. contractus. de reg. jur.* Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur, rata est conventio: contractus enim legem a conventionione accipiunt excepto si placuerit, ne dolus præstetur. *d. l. contractus. d. l. 1. §. illud. 7. §. sæpe. 35. depos. l. 6. C. de pign. act.* Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est. *l. si quis. 9. §. 2. ff. locat.* Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti. *l. in rebus. 18. pr. ff. commod. l. ex conduct. 15. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de oblig. & act. l. 6. C. de pign. act.* Igitur hoc certi juris est, si convenerit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet,*

Ttt 3

con-

conventionem valere damnumque improvise casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quæritur, an huiusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos, recepisse etiam intelligatur casus infuetos & raro admodum contingentes. Bartolus in *l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. fist.* & in *l. fistulas. 78. §. ult. ff. de contr. empt.* id negat, quem sequitur Mantica lib. 5. de tac. & ambig. conv. c. 8. Gail. 2. obs. 23. n. 18. & vulgo DD. nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos, seu qui præter consuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventionem præstare teneatur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & fere solus etiam secundum ipsius Bartoli definitionem in *d. l. fistulas. 78. §. ult.* ubi cum dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contradicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *d. l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. fist.* sententiam suam, nempe conventionem de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeonis in *d. l. fistulas. §. ult. ff. de contr. empt.* ubi ad huius textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incaute sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicue ibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem insolita tantum, non etiam quæ secundum consuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc sunt: *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruerunt, si immoderate fuerunt & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, non tempestatis, cum Salmasio c. 24. ad jus Attic.) *agitecum ex empto poterit.* Locum hic minime obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est emptione perfecta, id est, simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præstare. §. 3. *Inst. de empt. & vend. l. 8. pr. ff. d. per. & commod. rei vend.* & sexcentis similibus locis. Ergo in specie a Labeone proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisse de frumento immoderate nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo, quod tempestate contigit ex conventionem tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cæli regionis sæviit: aut ut ipse Labeo ait, si ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderate & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Cæterum sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabilem faciunt, aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est *l. sejo. 10. §. 1. ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de huiusmodi specie consultus, *Medico Sempronio, quæ viva præstabam, dari volo,* respondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt; ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum

cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva medico præstebam, &c.* non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sentisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita prælitterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi possit: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione *ἐξ ὁρίων ἰσως* dedit, ea non *ἐν πρῶτῳ*, aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundo pro eadem sententia affertur textus in *l. 4. §. pen. ff. si quis cant. jud. sist.* ubi Jurisconsultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum excusent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte emerfuræ sunt, sed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id, de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum e converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & doctè *Diod. Thulden. ad Cod. tit. de locat. n. 11.*

Cætera, quæ proferunt, minorem etiam speciem habent: quale est illud, quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti: possunt tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est, quod de procuratore universorum bonorum asserunt, nempe etsi is facere potest ea, quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere, quæ dominus facere non consuevit. *l. vel universorum. 12. ff. de pign. act. l. qui semisses. 13. §. 1. ff. de usur.* Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis. *l. 5. ff. mand.* Generale autem mandatum, etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententia mandantis, quippe quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori suo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit, & alias satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri; qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c. *l. non solum. 39. §. ult. & l. seq. l. mandato. 60. ff. de procur. l. illud. 25. §. 1. ff. de minorib. ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, observavit, & tubita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est, ac proinde nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quam qui crebrius evenire solet. *l. contractus. in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo respondendum ad *l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. si quis fumo. 49. §. 1. ff. eod.* ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret, qui textus est notabilis. Ita ferme & *Parschman. lib. 1. quæst. pract. cap. 6. §. 7. Fachin. lib. 1. contr. c. 86. Diod. Thulden. ubi supra.*

CAP. II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto domino?

CONTRACTUS emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura & insitione, sive, ut nunc loquuntur, melioratione fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & confererentur, idque modica pensione annua, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem fere conditione locari cœperint. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuum, quo quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi domini præstandæ. Non solum autem jus utendi fruendi per constitutionem emphyteusios emphyteuta acquirit, sed etiam jus emphyteusin oppignorandi, *l. lex vectigali. 31. ff. de pignor. servitutem prædio imponendi. l. 1. §. ult. ff. de superfic. jus vendendi, donandi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi. l. 3. C. de jur. emphyt.* unde est, quod emphyteutæ interdum domini vocantur. *l. 2. l. 4. C. de div. præd. urban. & rust. templ. 11: 69.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteusios non tantum licita quælibet fuit, sed etiam libera. *l. 1. ff. si ag. vectig. §. 3. Inst. de locat. l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11: 61.* At lege Justiniani id jus nonnihil imminutum. *l. 3. C. de jur. emphyt.* cujus hæc summa est, ut si inter dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit (nam conventionem omnimodo servari vult) liceat quidem emphyteutæ jus suum in alium transferre, sed certis conditionibus, quarum prima est: ut, si id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat *περιμνησι* seu emendi prærogativam. Non requiritur ergo consensus domini, ut vendere liceat ut male plerique putant; verum ut ipsi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam est requisitio consensus domini, quam simplex certioratio. Secunda est, ut novus emphyteuta a domino in possessionem inducatur, seu, ut nunc vulgo loquuntur, investiatur. Tertia & postrema, ut dominus pro admissione & subscriptione ac depositione (cujus forma in *d. l. 3.*) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquagesimam partem pretii, si vendatur, vel æstimationis fundi, si per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem posteriora, nempe inductio seu investitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non satis expeditum est, an in casu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam similis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut si emphyteuta rem alteri donare velit, dominus postulare possit, ut sibi donetur, quod aperte iniquum est: aut si permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipsum sine manifesta injuria emphyteutæ constitui non potest. Sed an emphyteuta priusquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, se id facere velle, & sic etiam offerre domino si velit, potestatem emendi; sive an dominus possit æstimationem solvendo

vendo sic etiam rem ad se revocare. Respondeo, ne hoc quidem admittendum est, tum respectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, simul vult extare monumentum liberalitatis suæ & mapere in sui memoriam: tum respectu donatarii, cui fortassis gratior esset & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniâ accipere. Et quid si emphyteuta prædium suum alicui legaverit (potest enim & hoc facere. *l. si domus. 71. §. ult. ff. de legat. 1. l. in conventionibus. 219. ff. de verb. sign.*) & id fecerit indulgens affectui amici sui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo sibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare est donare. Aut quid si emphyteuta heredem testamento instituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero si hoc admittamus frustrabitur emphyteuta desiderio suo & sine cupito, nempe eo prædio, quod suo prætulit, & multas ob causas præferre potuit. Quid enim si alter illud vendere nolit, aut non nisi inmodico pretio vendere velit, qui non aliam ob causam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam suum, ut homines diversimode afficiuntur. Videntis autem emphyteutæ plane nihil interest, a quo pretium accipiat, a domino, an ab alio: quippe quod solum desiderat, & in quod nulla potest cadere affectio. *l. 3. ff. de in lit. jurand.* Hoc itaque posito, supervacuum foret in donatione aut permutatione requirere consensum domini, cumve certiorare de donatione aut permutatione faciendâ ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus suum prior transferre vult, dominus admittat & in possessionem accepto laudemio suscipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, nisi in tales personas jus transferatur, quæ in contractibus emphyteuticis excipi solent, aut non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem, *d. l. 3. vers. necessitatem autem. C. de jur. emphyt.* Et bene Jason animadvertit principium *d. l. 3.* esse generale, atque in universum ibi prohiberi emphyteutam jus suum in alium transferre, hoc scilicet sine, ne infcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta substituatur, & ille privetur laudemio: at *vers. sed ne hac occasione.* esse specialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam si facere velit emphyteuta, formam illic præscriptam servare debeat. Arguunt hoc ipsa textus verba, *vendere, comparare pretium accipere, eandem quantitatem præstare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea, quæ mox sequuntur, & quidem evidentissime: quod nescio an ab aliis observatum. Nam cum Imperator constituisset, quid speciatim in contractu venditionis observari vellet, nempe attestationem meditatæ venditionis domino transmittendam esse, eique offerendam emendi prærogativam, & si deliberaturum se dicat dominus, responsionem ejus per bimestre temporis spatium expectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteusios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, si dominus neget se emere velle, aut per memoratum tempus nihil respondeat, tunc liceat emphyteutæ jus suum, cui velit, dummodo personæ idoneæ, vendere, atque ut dominus necesse habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, si emphyteuta alio modo jus suum ad personas concessas & idoneas transponere velit, posse hoc cum facere etiam domino inconsulto, nulla nec emphyteutæ imposita denuntiationis necessitate, nec con-

cella domino contradicendi licentia. Utroque autem casu exiit, ut dominus ipse novum emphyteutam in possessionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem a domino testato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menses expectet; qui si novum emphyteutam intra id tempus admiserit, tum illi pro admissione sua & subscriptione honorarii loco vult tribui quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum sit, vel æstimationis loci, si ex alia causa translatum. Quod si dominus toto eo tempore superederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Justinianus ipsi emphyteutæ liberam potestatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in possessionem. nihil laudemii nomine, domino relicto, quod alias pro admissione consecutus fuisset. Atque hæc communis interpretum sententia est in *d. l. 3. quam sequitur Mantica lib. 22. de tac. & ambig. convent. tit. 28. n. 56. & seqq. & n. 69.* atque ibi citati *Diod. Thulden. in Cod. d. tit. n. 8. Bronchorst. cent. 1. assert. 80.* eamque bene & erudite defendit *Donell. lib. 9. comm. 14.* Dissentit ex parte *And. Fachin. lib. 3. cont. c. 97. & lib. 6. c. 98.* Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis, quæ jam dicta sunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in casu donationis & permutationis, emendi prius domino potestatem faciendam contendunt, cumve æstimatione oblata jus habere rem ad se revocandi, leviores sunt, quam ut novam & peculiarem mereantur responsionem. Obiter hic noto quibusdam, nempe curialibus, vetitum esse prædia sua sine decreto vendere, donare & permutare permissum: ex quo apparet, non semper a venditione ad donationem licere *ἀνασπενδίζειν.* de quo interpretes ad *l. non debet. 21. ff. de reg. jur.* Quatenus nostris & Gallorum moribus a constitutione Justiniani in *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* recessum sit, discere ex *Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l. 3. Grot. lib. 2. introd. ad jurispr. Bat. c. 4. Mornac. & Autum. ad d. l. 3.*

CAP. III.

An dominus fundi emphyteutici, post elapsam tempus canonem recipiens, videatur renuntiassè caducitati?

PRÆSTATIO canonis seu pensionis annuæ pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati domini, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino expulso emphyteuto agrum auferre. *l. 1. pr. ff. si ag. vect. seu emphyt. pet. §. 3. Inst. de locat.* Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo, volente domino, cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat. *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteusi ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem. C. de sacros. eccles.* Quid autem, si emphyteuta post cessationem tanti temporis canonem elapsum domino obtulerit, isque eum ultro sine protestatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipso caducitati renuntiare, & solventem pro emphyteuta agnoscere? Et siquidem emphyteuta ecclesiæ per biennium in solvendo canone cessaverit, novissima Justiniani lege, licentia datur ecclesiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, sive, ut Justinianus loquitur, *τὸν ἐμφυτεύτην ἐκκαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως.* *Nov. 120. c. 8. unde auth. qui rem.*

rem. C. de sacrosf. eccles. Igitur si prælatus aut capitulum post biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, saluum nihilominus manet ecclesiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc constitutum sit speciali favore ecclesiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex d. c. 8. Nov. 120. nec prælato concedendum, ut jus ecclesiæ ex caducitate quæsitum remittere possit: non temere id ad emphyteusim civilem trahi debet. Imo, quia Justinianus id specialiter constituit in emphyteusi ecclesiastica, hoc ipsum argumento est, noluisse eum idem observari in emphyteusi civili, ut proinde hic standum sit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteusi civili statuendum sit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non solum jure suo volente domino excidit, etiamsi interpellatus a domino non fuerit. l. 1. C. de jur. emphyt. quippe cum dies hic interpellat pro homine, ut vulgo dicitur l. 12. C. de contr. & comm. stip. sed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non potest. l. Celsus. 23. pr. ff. de recept. arbitr. l. 4. §. ult. ff. de leg. commiss. l. cum stipulatus. 113. ff. de verb. oblig. l. ad diem. 77. ff. eod. Ratio est, quia quod jus parti semel quæsitum est, sive lege, sive propria conventionione, id ei auferri non debet. l. 2. ff. de his qui sui vel alien. jur. l. 12. ff. de reg. jur. Fac. d. l. 23. ff. de recept. arbitr. quanquam emphyteutæ ecclesiæ jure canonico permissum moram purgare celeri satisfactione. c. ult. extr. de locat. forte quia jus suum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti scribit Grotius lib. 2. introduct. cap. 40. de quo tamen vide Christin. vol. 1. decis. c. 157. n. 3. Coren obs. 22. rer. jud. a supr. Holl. senat. Groenew. tract. de leg. abrog. add. l. 2. Cum igitur emphyteusis (loquimur de civili) non soluto per triennium canone ipso jure in commissum cadat, nec cadat tamen nisi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum est, eleganter quæritur, an, si dominus post triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta sine protestatione acceperit, aut ipse canonem exegerit, commissio renuntiassè videatur? Affirmant Guido Pap. quæst. 171. Clar. §. emphyteusis. quæst. 10. Fachin. 1. contr. 99. Perez. in C. de jur. emphyt. in fin. Ant. Fab. C. eod. defn. 16. Jas. late in l. 3. C. d. tit. & DD. comm. quos etiam secutus est Bachov. in Trentl. vol. 1. disp. 29. thes. 12. Negant Mantica lib. 22. de tac. & ambig. convent. tit. 33. n. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. assert. 83. D. Thulden. ad Cod. de jur. emphyt. n. 15. Christin. vol. 1. decis. 157. n. 8. & seq. Ego priori sententiæ, ut probabiliori mihi visæ, semper adhæsi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commissi cum sit pœnale, facile remissum intelligatur, sicut evenit, cum alia qualibet pœna commissæ ob non solutam sua die pecuniam, fors petitur post diem, aut cum venditor, qui legem commissoriam exercere potuit, pretium petere maluit, l. pen. ff. de leg. commiss. nimirum in odium pœnarum, quæ semper odiosæ, sive legitimæ sint, sive conventionales, l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn. Utique regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest. l. rescriptum. 10. §. 1. ff. de pact. l. si pater. 12. §. 2. ff. de pact. dotal. l. 4. §. Labeo. 7. ff. de dol. mal. except. l. 4. C. de pact. int. empt. nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diversa ratio est, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventionione aut lege obligatus est. Perperam autem ad hæc loca & similia respondetur, quod pœnalis stipulatio per se non constitat, sed accessio sit obligationis principalis, qua sublata & ipsam tolli necesse sit.

V v v 2

Verum

Verum enim non est, pœnalem stipulationem accessionem esse ejus obligationis, cui subjicitur: per se enim subsistit. §. ult. *Inst. de verb. oblig. l. ita stipulatus. 115. pr. ff. eod.* & valet, etiamsi subjecta sit inutili. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. eod.* Imo & usuræ præteritæ, quæ ex stipulatione debentur, obligatione fortis sublata adhuc peti possunt, quia duæ hic sunt obligationes separatæ. *l. centum Capuæ. 8. ff. de eo quod cert. loc. l. 1. C. de judic. arg. l. qui per collusionem. 49. §. 1. ff. de act. empt. l. 4. C. de pos. a contrario sensu.* Quod autem pœnalis stipulatio subjecta turpi aut impossibili inutilis est, *l. stipulatio. 61. l. si homo. 69. ff. de verb. obl. non eam rationem habet, quod sit accessoria aut inutili subjecta, sed quia & ipsa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impossibili habetur, per l. aliunde est fraus. 131. ff. de verb. sign. de quo fuse Do- nell. ad d. l. si homo.* Confirmat hanc nostram sententiam *l. Æmilius. 38. ff. de minorib. in verb. Et pretium petendo a lege sua recessisse. item l. Celsus. 23. pr. vers. Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non potest. ff. de recept. arb. & similis locus est in l. pen. ff. de leg. commiss.* Igitur si dominus non potest exigere canonem, & simul exercere jus caduci, si- ve rem vindicare & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiasse videtur. Etenim hoc posito, quod privatio & expulsio sit pœna, uti revera est, si dominus non ignarus emphyteutam jure suo cecidisse, quo non nisi eo volente cadit, canonem præteriti temporis sibi oblatum receperit, solventem pro emphyteuta agnoscere, & pœnam remittere intelligitur. Ad- de quod durum atque iniquum est, emphyteutam & jus suum atque meliorationes amitte- re, & nihilominus ad canonem solvendum compelli. Quod autem apprime hic no- tandum est, emphyteuta canonem non solvens duplici de causâ jure suo privatur: primo quia pensionis damno dominum affecit; deinde, & quidem præcipue, quod se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur cano- ne postea oblato & ultro a domino recepto. Non obstat, quod quidam objiciunt, canonem solvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob cessationem. Nam cano- nis solvendi hic principalis finis est, ut memoria domini conservetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoscatur: qua propter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem domini solvitur. Longe alia ratio est coloni, a quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere potest. *l. colonus. pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & solvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impensasque utiles, si quas fecit, recipit. *d. l. colonus.* nec locator eo expulso quicquam lucratur aut conse- quitur præter potestatem alteri rem locandi, quod sæpe etiam incommodum loca- tori affert. Aliud quoque juris est, cum utrumque debetur & res & pœna, ut in spe- cie *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt. & in emphyteusi ecclesiastica Nov. 120. c. 8. item in spe- cie l. si quis major. 41. C. de transact. & denique si pœna adjecta sit coercendo con- temptui, ut in casu *l. si quis rem. 30. ff. de recept. arbit.* Plane si dominus canonem præteriti temporis accipiens protestetur se non alia lege eum accipere, quam ut sal- vum sibi maneat jus commissi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam protesta- tio conservat jus protestantis. *l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv.* haud secus ac cum inter contrahentes ab initio actum est, ut rato manente pacto pœnam exigere li- ceat. *l. pen. ff. de transact.* Neque vero protestatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, sed jus expulsionis, quod ante habuit, ei conservat,*

cui

cui protestationi si non contradicat emphyteuta, in eam consentire videtur. *c. qui tacet. ext. de reg. jur.* Quod si dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, siue elapsum post tempus, quo emphyteusis in commissum cecidit, nihil hæc protestatio dominum juvabit: quoniam protestatio facta contraria, nihil operatur. *l. i. §. i. ff. si usus fr. pet.* Est autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorsus contrarius juri quæsito: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhuc esse. Digna mihi visa fuit hæc quæstio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud plerosque hæctenus tractata fuit.

CAP. IV.

An is, qui pecuniam creditit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CREDITORUM alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, etsi alii alios tempore præcedant. *l. 6. de bon. auct. jud.* Quod si cum chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiarii, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiarios ejusdem tituli, licet diversi temporis, nulla prælatio est. *l. privilegia. 32. ff. de reb. auct. jud. possid.* Hujus generis creditores sunt respublica. *l. penult. §. i. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 2. C. de jur. reip. lib. i. 1. 29.* qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt: *l. qui in navem. 26. l. quod quis navis. 34. ff. d. tit. &c.* Inter ejusdem generis creditores numeratur & qui ob restitutionem ædificii collapsi pecuniam creditit. *l. si ventri. 24. §. i. ff. eod. l. creditor. 25. ff. de reb. cred.* Sed huic postea Senatusconsulto etiam pignus datum est. *l. i. ff. in quib. caus. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui creditit in refactionem & futuram domus alioqui ruituræ: vi ipsa enim restituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæsitum est, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias creditit. Multum enim interest, utrum quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an vero hypothecam siue pignus. Nam qui hypothecam habent, siue tacitam, siue expressam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent. *l. eos qui. 9. C. qui pot. in pign.* quam ob causam hi etiam fisco postponuntur. *d. l. quod quis navis. ff. de reb. auct. jud. poss. junct. l. i. §. l. 2. C. in quibus caus. pign. tac. l. 2. C. de jur. fisc. l. si quis. 28. ff. eod.* Ego non invitus in eorum sententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam creditit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem instruendam credenti personale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem. 26. §. l. quod quis. 34. ff. de reb. auct. jud. poss.* at idem privilegium etiam ei datur, qui creditit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantum, qui creditit in restitu-

tionem, id est, reedificationem, & instaurationem collapsæ. *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expresse convenerit. *l. quamvis. 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign.* & ita sæpe judicatum est. *decis. Cur. Holl. 35. Sande lib. 3. tit. 12. defin. 5. & 7. Ant. Fab. C. suo for. tit. qui pot. in pign. defin. 10.* Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, *Covar. 1. resol. 7. n. 3. Neguzant. p. 2. memb. 4. n. 162. cas. 16.* alique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem salvam fecit, quam illius, qua resecta aut restituta est insula, sive ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat, quod tamen falsum est. *d. l. quamvis. C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in cujuscunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero. 14. & l. seq. ff. de legib.* Neque eadem profecto causa est ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque non modo utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra sint & bene composita, non cassæ & ruinosa, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & sartis tectis tuendis multa legibus cauta & constituta sunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur *l. 1. ff. de tign. junct.* & senatusconsulto cautum, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hætenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *l. cætera. 41. §. 1. & 2. ll. seqq. ff. delegat. 1.* Quorum nihil simile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum est, cessantibus & verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui, quæ resectæ nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenerit, extra causam creditæ in restitutionem aut refectionem ædium; ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat. *l. 1. §. licet autem. 20. ff. de exerc. act.* Nam si ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum est, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accursius & alii, qui contra sentiunt: duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conservandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus esse potiorē, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia salvam fecit totius pignoris causam. *l. interdum. 5. & l. seq. ff. qui pot. in pign.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conservandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non potest potior in pignore cæteris haberi, nisi illi quoque navis obligata sit. Sed male, inquam, hinc Accursius colligit, eum, qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, sive pignus legale, constitutum lege sine conventionē. Neque enim aut locis istis, aut toto illo titulo,

cui

cui subiecta sunt, tractatur, quomodo pignus constituatur, navis aut res alia pignori obligetur, sed quæritur, quis ex iis, quibus diversis temporibus eadem res obligata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intellige sibi obligatam, quod sit aperta conventionem) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, cæteris in pignore esse potiores: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas, ut salvæ fiant, aut in cibaria nautarum, sine quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit. *l. 6. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Jurisconsultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore; sed ex hypothese pignoris conventionem constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; sed non aliter, quam si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventionem. *l. quamvis. 17. C. de pignorib. l. licet. 7. C. qui pot. in pign.* Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.* Nam nec illic Justinianus quicquam definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, sed alii expressam, quales sunt, quorum pecunia navis aliave res fabricata, reparata aut comparata est, ea lege, ut pignori esset. *d. l. licet. C. qui pot. in pign. d. l. quamvis. 17. C. de pignor. alii tacitam,* ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adversus privilegiatum non utitur privilegio suo. *Nov. 91. c. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis sententia est, *Donell. de pign. c. 5. Bronch. cent. 2. assert. 77. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. c. 18. Perez. in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac. n. 13. Bachov. lib. 4. de pign. c. 9. & 14.* a quibus male dissentit Costalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAP. V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. advocatis, extinguatur?

SPECIES hæc esto. Titius cum fundum a Sejo centum aureis emisset, eundem fundum sibi traditum pignori obligavit Sempronio, Sejus venditor postea, causatus se ultra dimidium justii pretii læsum esse, sive se eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidisse, remedio *l. 2. C. de resc. vend.* fundum advocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat resolveri in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & alibi, Baldus contra affirmat in *d. l. 2. n. 17. quæst. 13.* Bartoli sententiam amplectuntur *Cuman. Roman. Fulgos. Alexand. & alii citati a Pinello in d. l. 2. p. d. 2. cap. 3. n. 11. Boer. decis. 181. n. 10.* ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum vero secuti sunt *Castrensis, Salic. Cagnol. Pinell. d. loc. alique plures ibidem relati. Negus. de pign. membr. 1. part. 5. n. 43. Mantic. lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit. 31. n. 69.* Elegans sane quæstio & digna diligenti inquisitione! Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia; sed quia veram esse

esse sententiam Bartoli omnino persuasum habemus. Neque tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi, cum emptor quod deest justo pretio supplendo, restitutionem rei evitare potuerit, *d. l. 2. C. de resc. vend. alienatio ista & rei in venditorem translatio non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat. l. 3. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv.* Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum judicio conveniri & urgeri possumus, tametsi alterius rei præstatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promisit, si tantum temporis præterierit, intra quod fieri poterat, quod promisit, in id solum conveniri potest, & id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interest factum esse, quod promissum erat. *l. 14. l. stipulationes. 72. l. si insulam. 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare, quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari. *d. l. insulam. l. si servum. 91. §. 3. ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præstare necesse sit, non potest promissor præstando quod stipulatoris interest, dici id fecisse *ἐκβρίως*, & volenti animo; non magis, quam si quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum solvat, dici potest sponte & *αὐτομάτως* solvisse, aut dominus noxali judicio conventus, si litis æstimationem præstare maluit, quam servum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene observavit. Cæterum etsi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam: sed alia ratione eaque vera & solida eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei auferri non potest. constitutum, inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo, qui plenum rei dominum habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutive, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset? Utique hunc effecisset dominum: neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio: qui autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter, eam oppignorare. *arg. l. non debet. 21. ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore servum, quem emit, & oppigneravit, redhibente, pignus non solvatur. *l. 4. ff. quib. mod. pig. vel hyp. solv. l. bovem. 43. §. pignus. 8. ff. de edil. edict.* neque etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret. *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio sit voluntaria: quanquam illud etiam verum est, non posse jus alicui semel quæsitum voluntate ejus, per quem illud quæsitum est, illi auferri. *l. ult. ff. de pact. l. 1. §. si rem. 25. ff. de pos. l. qui balneum. 9. pr. l. potior. l. 11. pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta sunt, manifestum est, propositionem illam Baldi ex *l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib.* quod resolutio jure dantis resolvatur & jus accipientis, perpetuam non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esset pignus finiri. Proccedit ista propositio sive regula 1. ubi res ab eo pignoratæ est, qui plenum in ea re jus non habet, sed aliud est, qui in eadem re jus habet potentius reique ipsius proprietatem, & ad quem jus illud a proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest, sive istud jus sit affine dominio, quale est empheuticum

eam & superficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant, sive servitus tantum & nudum jus utendi fructu. Igitur si emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppigeraverint, jure eorum sublato puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo solario, evanescet & pignus. *l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. l. etiam superficies. 15. ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dederit (potest enim hoc facere. *l. 9. §. 1. l. si is. 11. §. 2. ff. de pignor.*) finito usufructu & ad proprietatem reverso dicendum est jus pignoris simul expirasse. 2. Certo jure regula superior procedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommissio conditionalis est obnoxia, & conditio extiterit. *l. 3. §. sin autem. 3. C. comm. de legat. l. grege. 13. §. 1. ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet, puta servitute, usufructu. *l. is cui. 11. §. 1. ff. quemadm. serv. am. l. si sub. 16. ff. quib. mod. us. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris merito placet extinguere. *l. debitor. 40. §. ult. ff. de pignor. act. l. 1. §. 1. 2. C. si pign. dat. 3.* Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutive, ut sit in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem additione: itaque & hic si emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur. *l. 3. in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l. 4. §. 3. ff. de in diem addit.* Nam sicut conditio suspensiva existens retro ponit, quasi ab initio pure contractum esset; ita conditio resolutive retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest a quocunque possessore; *l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. quæsitum. ff. de leg. commiss.* non utique tanquam rursus ei acquisitam, sed quasi nunquam emptoris factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutive modificato; ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. solv.* nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finiri. Nam ista conditio minime resolutive est aut resolutive vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur & retro annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione si emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præscriptis verbis. *l. 6. ff. de resc. vend.* Multo minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu, quem proposuimus, ubi pure & sine ulla conditione, qua existente aut resolvatur contractus, aut ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic est venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propositum in *l. redhibere. 21. §. 1. & l. bovem. 43. §. pignus. 8. ff. de edil. edict.* nempe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emptore caveri: Quorum neutrum si præstet emptor,

X x x

pre-

pretium præcise supplere tenebitur, amissa eligendi facultate, ut bene disputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. c. 13.* Ex his porro facile colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio præscriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides servetur, & res sibi restituatur ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non solvi, contra Negusantium dictæ *p. 5. memb. 1. n. 44.* Idem dicendum est, si donatarius rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata sit donatio: quanquam id negent Pinellus ubi supra *n. 19. & Ant. Faber. dec. 23. err. 4.* qui contendunt hoc casu pignus solvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem restituere tenetur, quæ ratio quam infirma sit, superiora satis ostendunt. Faber, quia donatio resolvitur ipso jure: quæ quidem ratio bona esset, si esset vera. Sed magis est, ut falsa sit. 1. Quia personalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur. *l. his solis. 7. vers. actionem vero matris. C. de revoc. donat.* 2. quia actio illa revocatoria non transit ad heredem. *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. cod.* 3. quia exigitur mutatio voluntatis. *d. l. 1. & d. l. ult. vers. ex his. 4. arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus. 20 C. de pact.* nec potest ullus dari textus, quo probetur ipso jure hic donationem resolveri. Nam quod in *d. l. 7. C. de revoc. donat.* dicitur, actionem, qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non hoc significat eam actionem in rem esse, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adversus ingratos ad revocandam donationem datur, solis dari ipsis donatoribus, non etiam heredibus eorum, quoniam scilicet effectum tantum habet vindicationis, id est, vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc similis sit, quam constat heredi ejus, qui injuriam passus est, non dari. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Vindicare enim proprie est ulcisci, & vindicare injuriam sibi factam in *l. 2. §. item si. 5. in fin. ff. de judic. l. deferre. 18. §. sed communem. 7. ff. de jur. fisco.* significat exequi & crimen persequi. adde *Cujac. lib. 4. obs. c. 19. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13.*

CAP. VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annis?

CREDITOR, qui in securitatem crediti pignus accepit, soluto debito illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia. *ut. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea, quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcunque pignoris possessorem. *§. item Serviana. 7. Inst. de act. l. pignoris. 17. ff. de pignorib.* At pignoratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a prætore datur:

datur : hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quasi Serviana, etiam pignoratitiam appellant. *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter. 13. ff. de cond. ind. l. rem alienam. 41. ff. de pign. act. l. si Titio. 22. ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, nisi toto debito exsoluto, quæsitum est, an jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam & pignus luendi, præscriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præscript. Gail. 2. obs. 18. Mynsing. 1. obs. 16. & DD.* si fides Gailio, communiter. Affirmant *Gloss. in l. 13. ff. de usuc. Costalius ad l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign. Bachov. 5. de pign. c. 20. Negusant. p. 6. m. 2. n. 19.* quorum posteriorum sententia meo judicio probabilior est, eamque & communem esse ait Negusantius. Negantium sententia, seu affirmantium, posse pignus perpetuo lui etiam post triginta annos, defenditur hisce fere rationibus. 1. Quia solvere debitum vel non solvere, si creditor non urgeat, est meræ facultatis : rerum autem meræ facultatis nulla est præscriptio. *l. 2. ff. de via publ. & sibi imputare debet creditor, si debitore cessante solvere, ipse eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris processerit, aut non reperto emptore jus domini impetraverit, juxta l. 3. C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præscriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata est. *l. 7. §. 4. C. de præscr. trig. annor. l. 1. §. ult. C. de annal. except.* At actio pignoratitia demum post solutionem aut oblationem & depositionem pecuniæ nascitur. *l. si rem. 9. §. 3. & seqq. ff. de pign. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut soluta est, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præscriptio. 3. Quod cum possessio creditoris ad usucapionem profit debitori. *l. qui pignori. 36. ff. de acq. poss. l. servi. 16. ff. de usuc.* absurdum sit dicere præscriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obstare, quo minus cum creditore actione pignoratitia experiatur, ut disputat Cujacius ad *l. pignori. 13. ff. de usuc.* Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Cæterum quo minus huic sententiæ subscribam impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt omnem actionem & omne jus sive privatum, sive publicum triginta & ad summum quadraginta annorum spatio excludi. *l. 3. l. 4. C. de præscr. trig. annor. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Tale autem utique jus est etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem & adversus tertium extraneum possessorem pignoris; item jus primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario jus secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum, *l. notissimi. 7. pr. & §. 2. & 3. C. de præsc. 30. annor.* non video cur non etiam tanti temporis præscriptione tolli possit jus luendi pignoris. Falsum enim est, quod pro vero supponitur a contrariæ sententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris esse meræ facultatis eo significatu, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere potest : alioqui omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam : quæ facultas nec solo non

usu amittitur, nec prohibitione aliena. Possum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec si aliquo eorum longissimo tempore usus non sim, jure meo excludor: non tamen eo sensu, quo dixi, illud jus meum res est meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præscriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam alte, quam velit, nullo statuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus altius tollendi amittit. Estne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam si te altius ædificantem prohibuerit, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur esse meræ facultatis, prohibitio nihil efficit. *l. 2. ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia a plerisque conjunguntur & tanquam paria habentur, quasi idem omnium esset effectus. Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur, seu ipsius agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis est, eique nunquam præscribi potest: sed jus agendi cum effectu, ut obtineam, quod peto, meræ facultatis non est, & præscriptione tolli potest, quale est jus luendi pignoris debitori ex contractu quæsitum. Sic si res aliqua venierit cum pacto de revendendo sine ulla temporis determinatione, puta ut fas sit venditori, quandocunque sibi libuerit, redimere, non nisi intra triginta annos redimere poterit, quia actio personalis quæ ex hac conventionem nascitur, *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur. *l. 3. C. de præscr. 30. annor.* neque clausulæ, *semper, quandocunque* extendi debent ultra terminos jure publico præscriptos actionum durationi. Nec verum est, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere potest rem venditam sibi restitui, sit meræ facultatis: non enim in absoluta facti potestate posita est, sed jure obligationis consistit, estque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte Bronchorstius *cent. 27. assert. 62.* qui tamen non idem admittit in casu, quem hic tractamus principaliter. *cent. 4. assert. 4.* quod mirum est. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipsa nititur falsa hypothese, nempe actionem pignoratitiam tum demum nasci, cum pecunia debita soluta aut oblata est: Nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id est, statim nascitur atque re contracta est obligatio seu pignus creditori traditum. *l. 1. §. creditor. 6. ff. de oblig. & act. §. ult. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Nec obstat quod dicitur in *l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* pecuniam ex solutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio: nam id accipiendum est de effectu & actu secundo, quia soluta demum pecunia efficaciter intentari potest. At respectu actus primi statim, ut dixi, nascitur, nec aliud est, quam jus luendi pignoris. Sic etsi obligatio & actio empti nascitur quod actum primum simulatque de pretio convenit. *Inst. de empt. & vend. in pr. & §. 3.* nisi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non potest. *l. Julianus. 13. §. offerri. 8. ff. de action. empt.* An igitur non curret præscriptio longissimi temporis adversus actionem ex empto, nisi ex eo tempore, quo pretium oblatum est? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum est, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præscriptio, veluti si obligatio diem habeat. *l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. annor.* & in specie *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. cui ideo durante patria potestate præscriptio non currit, quia nec agere ea durante potest, quod est impedimentum juris. At debitori nullum obstat impedimentum juris, quo minus agat, sed facti duntaxat, puta

pata quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii est, contrariam sententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus creditorem post triginta annos defendi jure aliquo acquisitionis aut propter usucapionem, sed solo tempore seu communi exceptione temporis, quo ex lege Theodosii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus; sed sicut in actionibus temporalibus anni vel biennii veluti injuriarum & doli, frustra de bona fide quæritur, ita & in hoc casu post triginta annos: Alias nec actio commodati aut depositi tanto tempore finiretur. Itaque frustra est Bronchorstius *cent. 4. assert. 4.* dum objicit *l. nullo. 24. C. de rei vind. l. un. C. de usuc. transform. l. 1. C. comm. de usuc.* quippe quibus locis agitur de usucapione aut longi temporis præscriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui sine iusto titulo & bona fide, veraque possessione non procedunt. At nos agimus de actionis personalis præscriptione, quam sola parit negligentia non petentis & lapsus temporis. Sic et si precario possidenti nec longissimo tempore acquiritur proprietas. *l. 2. C. de præscr. 30. annor.* interdictum tamen & actio personalis triginta aut quadraginta annis finitur. *l. 3. § l. 4. C. eod. tit.* Minus obstant *l. 10. § l. ult. C. de pign. act.* imo magis obstant contrariæ sententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, solutione scilicet jam facta, aut oblata consignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo sit, qui neget eam tolli tempore longissimo.

CAP. VII.

An ἀντίχρετος sit species pignoris, & an aliqua sit ἀντίχρετος tacita?

QUÆSTIO hæc non est vulgaris, & digna, quæ diligentissime excutiat, propterea quod Interpretes nostri non intellexerunt, quid ἀντίχρετος, & falso sibi persuaserunt esse aliquam ἀντίχρετον tacitam: quod primus observavit Claudius Salmasius *ὁ πᾶν lib. de mod. usur. c. 14.* Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam quæ ab interpretibus circa hanc rem tradita sunt; deinde quatenus a vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus antichresis est species pignoris cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem usurarum, donec debitor pecuniam solvat. *arg. l. 11. §. 1. ff. de pign. l. si pecuniam. 33. ff. de pign. act.* Alias si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignore uti *§. 6. Inst. de oblig. que ex del. nasc.* nec fructus eum lucrari, sed in sortem eos imputare debere, ita ut sortis obligatio minuat, & quantum ex re pignerata fructuum percepit, tantum ei in solutione sortis decedat atque detrahatur. *l. 3. l. 12. C. de pign. act. l. 1. C. de distract. pign.* Atque hæc iis est antichresis expressa, quæ valeat, et si perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum. *l. si ea lege. 17 C. de usur.* quanquam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum usuræ mercedis nomine accepit, in sortem imputare. *l. si ea. 14. C. eod. tit.* Est & interpretibus nostris tacita quædam antichresis, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est, sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res

XXX 3

talis

talis pignori data, quæ fructus ferat: quasi ipsa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud conveniſſe tacite intelligatur, ut fructus loco uſurarum & compensationis cujuſdam vice, retinere creditori liceat: ſi enim debitor eo animo noluiſſet tradere pignus fructuum ferax, proteſtari eum debuiſſe ajunt, nolle ſe ex pignoris ſui fructibus quicquam ſibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήςσεως non efficere, ut legitimus uſurarum modus excedatur. Rationem hanc eſſe, quia cum creditor uſuras ſtipulatus non ſit, ſed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere conceſſit, contentus eſſe debet, cum ſibi nulla conventione proſpexerit & totum hoc, quantumcunque percipit, ex debitoris humanitate percipiat. *l. cum debitor. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tac.*

Sed non unus Interpretum hic error eſt. 1. quod crediderunt ἀντιχρησιν nihil aliud eſſe, quam contrarium uſum, cum ea voce ſignificetur contrarium mutuum: quippe χρεής Græcis non ſolum eſt uſus, ἀπὸ τῆς χρεῆσθαι ſed etiam mutuum, ἀπὸ τῆς χρεῆσθαι quod eſt a χρεῶν ſeu κίχρημι, commodo, do mutuo, utendum do, δανείζω, unde χρητής creditor. Hinc ergo & ἀντιχρησις contrarium mutuum. Marcianus in *l. ſi pecuniam. 33. ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρησθέντι accepit, uti & χρεής ipſum mutuum eſt, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* ita ſcribit, *Si ἀντιχρησις facta ſit, &c.* Hic ſane antichreſis non poteſt accipi pro mutuo uſu. Quid enim eſſet mutuum uſum facere? at mutuum facit, qui mutuum dat: ergo antichreſin facit, qui dat e contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut penſionibus creditor compensationem uſurarum percipiat. Cæterum improprie ἀντιχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum uſus in abuſu conſiſtit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam in his, quæ ſolo continentur, cum ad uſum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur, & auditorium extruit & ſubſellia conducit.* ut & commodare pro mutuo dare. Cicero *Verrin 5. Commodaſti tritici modios ſexaginta.* Caper vetuſtiſſimus Grammaticus, *Commoda, χρεῆσθαι.*

2. Quod crediderunt in pura antichreſi creditorem habere jus pignoris. Nam ſi jus pignoris creditor in antichreſi ſive contrario mutuo haberet, utique poſſeſſione ἀντιχρήσεως amiſſa, eam repetere poſſet actione hypothecaria. At in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* non hypothecaria, ſed in factum actione iſto caſu agi ſolere ſcribit Jurisconſultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere poſſeſſionem, donec ei pecunia ſolvatur: quod & Cujacio ſuboluit *lib. 3. obſ. c. 35. in fin.* quanquam putat tentari poſſe hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixu auctoritate, niſi Marciani in *l. ſi pecuniam. 33. ff. de pign. act.* ubi τροπικῶς Jurisconſultus ἀντιχρησιν appellat pignus ἀντιχρηστικόν, ſive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obſtat *l. Gajus Sejus. 39. ff. de pign. act.* nam in ſpecie, quæ illic proponitur, pignus re vera non intervenit, nec ab initio vera antichreſis fuit: ſed poſtea pactum interceſſit, ut creditor pignus ſuum, hoc eſt, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus poſſideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichreſis non eſt pactum in pignore, cum nec ipſa pignus ſit, ſed contrarium mutuum. V. C. das mihi pecuniam mutuum ſub conditione, ut accipias fundum in antichreſin, cujus fructus percipias pro præſtatione uſurarum, quas a me legitimas ſtipulari poteſ. In hac χρήσει & ἀντιχρήσει nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis ex-

hi-

hibet *l. si ea pactione*. 14. *C. de usur.* & *d. l. 11. §. 1. ff. de pign.* At in *l. si ea lege*. 17. *C. de usur.* ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσις, sed de pignore ἀντιχρηστικῇ sive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla χρεῖσις est tacita ita nec ulla vera ἀντιχρησις, sed oportet conventionem id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundum Doctores ut creditor fructus ex re pignerata sine conventionem expressa percipere & in usuras imputare queat, quoniam casu procedet illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignerata perceptos in sortem imputare debere? *l. 1. l. 2. l. 3. l. ult. C. de pign. act. l. 1. C. de distr. pign.* an eo solo, quo protestatus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde absurdum ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventionem conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniat miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non adversatur *l. 11. C. de usur.* nam locus iste intelligendus est de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum sc. convenit, ut in vicem usurarum creditor fructus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichresin dissolvi, & pignus ἀντιχρηστικὸν mutari in simplex. Frustra autem putant Doctores nostri sententiam suam de tacita antichresi confirmari. *l. 8. ff. in quib. caus. pign. tac.* Thema hujus legis est; Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Et si de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam sunt legitimæ usuræ, fructus percipere non potest, ut in vera antichresi, quia tale nihil convenit. Tantum id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti. In antichresi non potest mutuum repetere creditor, quamdiu possessionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero est in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expresse facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe nisi ex pignore tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum. Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint. *l. 1. §. 2. ff. de pign.* Et cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit. *l. grege. 13. §. ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiam si ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultra legitimas; quia vel hoc ipsum, usque ad legitimas, in usuris, quæ pactæ non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora usuræ debentur & peti possunt, ita in gratuita pecuniæ mutuo, si moram fecerit debitor usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum usuræ exigi non possint in strictis judiciis nisi in stipulationem deductæ, possunt tamen per retentionem pignoris servari. *l. 3. l. 4. C. de usur.* non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ posse usuras, de quibus præstandis nihil convenit, servari atque

ad

ad modum legitimum compensari, licet exigi non possint, velle videtur Paulus in *d. l. 8. ff. in quib. caus. pign. tac.* Illud dissimile est, quod in *d. l. 4. C. de usur.* saltem pacto de usuris convenerat: sed tunc usuræ per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib. 4. obs. c. 4.* contendit apud Paulum in *d. l. 8. ff. quib. in caus. pign. tac.* deesse negationem, & Jurisconsultum ita scripsisse; *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* quod & Salmasius magis probat, quasi Paulus, cum sic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pignoratæ usuras retinere creditor possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quod si ponamus usuras non esse pactas, aut pactas a debitore solvi, procedere debere dispositionem *l. 1. l. 2. l. 3. C. de pign. act. l. 1. C. de distract. pign.* Nec obstare, quod supra aliquoties dictum est, antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, *l. 14. l. si ea lege. 17. C. de usur.* Illud enim verum quidem esse in pura putaque antichresi, aut etiam in pignore ἀντιχρηστικῷ, cum hoc ab initio actum fuit, ut pro usuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichresin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l. 14. & l. 17.* At hic quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati citra pactum ἀντιχρηστικῶς, debitore non solvente, usuras retinere posse dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras, quæ solæ ipsi debentur. Quod superfuerit ex fructibus sortiti imputandum esse. Ita Salmasius *lib. de mod. usurar. c. 14* cui prope est, ut assentiar.

CAP. VIII.

*An & quando evictioni sit locus in hereditate vel actione vendita,
& donatione vel legato?*

EVINCERE est rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non solum rem emptori tradere teneatur, sed etiam emptori præstare, rem habere, tenere & usucapere licere. *l. 1. §. 2. l. servus. 30. §. ult. ff. de act. empt.* ideo si res evincatur, merito emptori evictionem præstat: quæ præstatio pars est obligationis empti & venditi. *l. in vendendo. 66. ff. de contr. empt. l. 6. C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in permutatione & in solutum datione. De permutatione est textus in *l. si permutationis. 29. C. de evict.* Ratio est, quia permutatio emptioni fere est similis. *l. 1. ff. de rer. permut.* Illa tamen differentia est, quod de re emptæ evicta datur actio ex empto. *d. l. 6. C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis. *l. 5. §. 1. ff. de præsc. verb.* Datio quoque in solutum venditioni comparatur. *l. 4. C. de evict. l. eleganter. 24. pr. ff. de pign. act. l. 4. §. auctoris. 31. ff. de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in solutum evictionem præstari. *d. l. 4. C. de evict.* atque ei, cui res in solutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari. *d. l. 24. pr. ff. de pign. act. d. l. 4. C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib. 19. obs. 38.* Sed & in judicio familiæ erciscundæ, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes divisio quasi quædam venditio est. *l. 1. C. comm. utriusq. judic.* æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare. *l. here-*

heredes. 25. §. item curare. 21. ff. fam. ercisc. l. si familie. 14. C. eod. Et idem quoque obtinet in iudicio communi dividundo. d. l. 1. C. comm. utriusq. judic. Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hic recensere præter institutum esset. vid. l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de legat. 2. l. 7. & ibi Bart. & DD. C. comm. utriusq. jud. d. l. 14. C. famil. ercisc. l. si fundum. 27. C. de evict.

Sed quid in hereditate vendita? Multum interest, utrum certæ quædam res hereditariæ veneant, an ipsa hereditas. Priore casu venditor tenetur ex empto ut eas res suo sumptu & periculo persequatur, & vacuum earum possessionem emptori tradat, *arg. l. 2. §. 1. l. 3. pr. ff. de act. empt. arg. l. 3. junct. auth. nunc si. C. de litigios.* Item tenetur venditor, ut in singulis rebus hereditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictionum causæ. *l. 1. C. de evict.* Posteriore autem casu, si hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hereditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hereditas nomen juris est, & qui hereditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hereditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale; atque hoc juse esse, id est, esse hereditatem, & se heredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea, quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent. ita cape textum in *l. qui filiusfam. 14. §. 1. ff. de her. vel act. vend.* Cæteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones. *l. 2. §. 3. ff. eod. tit.* Emptor autem eas suo sumptu & periculo persequitur. *l. 1. C. de evict.* Et rursus si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere sive repromittere cogitur. *d. l. 1. C. de evict.* ubi excipitur, nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularum præstetur. Donellus post alios in *d. l. 1.* Ratio est quia si res, quæ evicta est, non fuerit hereditaria, nec venit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor. *l. 2. pr. ff. de hered. vel act. vend.* Si autem fuit hereditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet. *l. si per imprudentiam. 51. pr. ff. de evict. l. 15. C. eod. l. exceptione. 67. ff. de fidejuss.*

Quod de hereditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quodlibet aliud jus veneat, non corpus, veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris, non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita. *l. 5. ff. de evict. l. 4. ff. de hered. vend.* Et est textus optimus in *l. si plus. 74. §. ult. de evict.* Unde nec beneficium. *l. 2. C. de resc. vend.* locum habere in hereditate vel actione vendita recte statuunt juris interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita contineatur, atque ut id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit. *l. 1. C. de evict. l. nisi. 15. ff. de hered. vend. l. 5. l. si plus. 74. pr. ff. de evict.* Quod si hereditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat, per jura allegata.

Y y y

Quid

Quid vero in donatione? Donatio emptioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione. *l. 2. C. de evict.* quoniam odiosum est, donatorem ex sua liberalitate hanc molestiam pati. quanquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi autem donator de evictione citra stipulationem non tenetur: tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam. *l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res. 62. ff. de adil. edict. bene Donellus ad l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, heres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præstat. *l. cum pater. 77. §. evictis. 8. ff. de leg. 2. l. si a substituto. 45. §. 1. §. 2. ff. de leg. 1.* nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab herede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator heredem onerare voluisse periculo evictionis. per *l. Sticho. 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam heredem evictionem præstare. *l. heres. 38. de evict. l. si domus. 71. §. 1. ff. de legat. 1.* Quod autem supra dixi, donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive a traditione, sive a promissione donatio inceperit. Nam si donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec tunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Justinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstaretur evictio. *l. 35. C. de donat. Donell. ad l. 2. C. de evict. diff. Caballin. de evict. §. 3. n. 3.*

CAP. IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

VETERES usuram pro usu dixisse certum est, quæ in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis Cascam. *lib. 1. Tusculan. Natura*, inquit, *dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præstituta die.* Idem pro Rabir. & Verrin. 7. *usuram lucis. lib. 3. epist. ad Appium Pulchrum, usuram temporis* dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est, usum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in *Trinummio*: *Nec adeo hasce enim mihi, nec usuræ meæ.* id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura vero, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro ventione datur, *ναύλον* latura, quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, *Φόρτερον*. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet veteres auctores, usuram de usu in numero singulari potius usurpasse; usuras vero dicere maluisse numero plurativo, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui *τόκοι*. Græcis. Cicero Verrin. 4. *Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos usura sæpe juvisset, magistratus a publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre?* Qui pecuniæ usura aliquem juvat, id est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ.

Usura

Usura igitur proprie loquentibus est *χρησις*, usuræ *τόκοι*. Hinc usuræ trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero in epistolis ad Atticum, & binas centesimas *ſ*. Verrin. Itabene & crudite D. Salmasius *lib. d. usur. c. 4*. Cæterum usuræ aut usurarum appellatione non tantum significatur ea quantitas, quæ pro usu fœnebris pecuniæ solvitur, verum etiam ea, quæ ex alia causa, quam mutui, ex conventionē aut mora debetur. Itaque sic recte definietur usura, pecunia, quæ pro usu sortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam, usuræ sunt accessio sortis, & ideo sublata obligatione sortis & ipsæ deberi desinunt. *l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. acceptam. 19. C. eod. l. 4. C. de compens.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci *τόκον ἀπὸ τῆς τίξεως* dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat a Græco *ποῖνος*, quod idem valet, quod *ποινὴ*, quod probabilius est. Nam *ποινὴ* non tantum pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut *τιμὴ* & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *ego pretium ob stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est, ultio apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem, quod Græcis *τόκος*, ut mox clare demonstrabitur. Crediderunt interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi, quique, usuram esse nomen generis, fœnus speciei, & omne quidem fœnus esse usuram, at non contra omnem usuram esse fœnus. Fœnus ajunt significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo: unde passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appelletur, tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœneris & usuræ appellatio confundatur. *arg. l. 6. pr. & l. 7. ff. de naut. fœn.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, *arg. rubricæ*, quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed insignis hic interpretum error est, quem detexit Salmasius *d. loc.* Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usura contractum *δάνειον ἑντοκον*. Usura est merces fœneris. Tacitus *de morib. German.* *Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideoque magis aversantur, quam si vetitum esset.* Idem *lib. 6. Annal.* *ut debitores duas partes fœneris solverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes*. Titulus *ff. qui tractat de trajectitia pecunia*, inscriptus est *de nautico fœnore*, non *de nautica usura*, & apud Græcos *περὶ ναυτικῆς δανείας* non *περὶ ναυτικῆς τόκων*. Quare? quia in communi mutuo usuræ successive currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte, cum in trajectitia pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, sors ipsa cum usuris. Utique in *l. 3. C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum, ergo usuræ maritimæ sunt idem quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non possit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est *δανείζειν* fœnus est τὸ δάνειον & quidem *ἑντοκον* nam gratuitum est

est ἄτοκον. Unde apparet verum esse, quod modo dicebamus, foetus non esse foeturam pecuniæ, sed usuras esse foetus & partus fœneris, τὰς τόκους δυνείκ. Ac neque in hisce locutionibus, fœnere dare, fœnere pecuniam occupare, fœnus pro usura accipitur, sed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam usuræ dare aut usuris eam occupare: non enim est occupata usuris, δυνείκειν ἐπὶ τὸν τόκον. Sic sumere pecuniam fœnere dicimus, δυνείκειν τὴν ἀπὸ τῶν τόκων, non sumere usura. Sic locare pecuniam fœnere dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat. Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnere pecuniam habet, aut nummos in fœnere positos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in usuris tantum habere pecuniam existimandus est, sed etiam in sorte ipsa. Valerius Maximus lib. memorab. 8. de Confidio quodam: *Cum centies atque quinquagies sestertii summam in fœnere haberet, neque de sorte quengquam debitorum suorum, neque de usura a suis appellari passus est.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt, usuræ trientes, fœnus trientarium. Usuræ trientes sunt, quæ trientem centesimarum dant: Fœnus trientarium, quod usura trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod usuras uncias exigit. Tacitus lib. 5. annal. *Duodecim tabulis sanctum, nequis unciario fœnere amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adeat Salmasium lib. de usur. c. 2. plane non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cum id fit, tropica est locutio; quia nunquam fœnus est sine usura.

CAP. X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori?

OMNES debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu sine culpa eorum & ante moram ab iis commissam contingente sæpe responsum est l. 5. ff. de reb. cred. l. si ex legati. 23. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de solut. Ex contrario veterum regula est, moram perpetuare obligationem, licet casu fortuito res extincta sit: quod hanc habet sententiam; si res debita postea perierit, quam per debitorem stetit, quo minus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret. d. l. nemo. 23. l. 82. §. 1. l. si servum. 91. §. 3. & seqq. ff. de verb. obl. ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recensentur. 1. quod adhuc res ipsa peti possit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. 4. quod possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque perpetuari obligationem in d. l. 91. §. 4. in fin. responsum est, & alibi ab eodem Juriconsulto, cum reus moram facit, & fidejussorem teneri. l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usur. Sed quid verbis illis intelligit Juriconsultus? an quemadmodum ex mora ipsius rei obligatio sic augetur, ut usuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejussoris propter moram rei, ut & ille quoque ad usuras jam teneatur? Nequaquam. Sed hæc Juriconsulti sententia est, sicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res casu debita perierit, dummodo post moram, obligatio in persona

sona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ assimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in persona fidejussoris. *l. si a colono. 58. §. 1. ff. de fidejuss.* & hætenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei. 88. ff. de verb. obl.* quod & in cæteris accessionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus est ex contractu filii. *l. cum filius. 49. pr. d. l. si servum. 91. §. 4. & 5. ff. de verb. obl.* Quod si quis hujus juris rationem quærat, cur scilicet post moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l. 91. §. 4.* hanc nempe, quia in totam causam spopondit, id est, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur. *l. mora. 32. §. 2. ff. de usur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subiectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut diserte responsum est in *l. centum Capue. 8. ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.* Atque si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur utique fidejussoris obligatio propter moram rei augetur contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atqui non tenetur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit. *l. si mandator. 8. C. quod cum eo qui in al. potest. ibi. Si te his omnibus obligasti.* Igitur ex contraria, si te his omnibus non obligasti, non teneris. 3. arg. *l. fidejussores. 68. §. 1. ff. de fidejuss.* ubi negat Jurisconsultus fidejussores, qui in sortem se obligaverant, in usuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non potest, qui omnino pro alio se non obligavit. *l. nec intentio. 23. C. de transact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l. 1. C. ne fil. pro patr.* ita nec is, qui pro alio se obligavit, ultra quam in quantum se obligavit, conveniri potest: quia hætenus verum est, eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, quæ totius. *l. que de tota. 76. ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejussor censeatur etiam ad usuras se obligasse? Et quidem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur. *l. fidejussores. 68. §. 1. ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque tenetur fidejussor, cum vel expresse in has quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam. *l. quero. 54. pr. ff. locat. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fidejussit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?* vel ita, *indemnem me præstabis?* *d. l. quero.* Quanquam non semper ad hoc, ut fidejussor in totam causam obligatus intelligatur, necesse est, ut hujuscemodi verba diserte exprimantur, de quo plura paulo post. Quod si stipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem causam, sed in præsentem duntaxat obligationem spopondisse fidejussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebitve*, in omnem causam fidejussio facta censetur. *l. si stipulatus. 76. §. 1. l. si a colono. 89. ff. de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex sit effectus, unus ut bonæ fidei contractibus usuræ & fructus præstentur: alter in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei judiciis, species debita post moram perempta adhuc debeat; prior moræ effectus fidejussori, nisi in omnem

innem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot qui huic sententiæ oblitare videntur. Ex his unus est ille Pauli in *l. si servum*. 91. §. *nunc videamus*. 4. in fin. ff. de verb. oblig. ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spondidisse. Respondeo, vocabulum causæ non uno modo semper accipitur: sed aliquando refertur ad rem ipsam, quæ in obligationem deducta est, & condemnationem, quæ circa ipsam versatur, ut in *d. l. si servum* §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro*. ff. locat. l. præterea. 20. ff. de rei vind. l. videndum. 38. §. si actionem. 7. ff. de usur. Itaque pro re subiecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum* §. 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione, re post moram perempta, facienda, nempe an interitu rei, qui post moram accidit debitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. præcedente. Adde quod de usuris queri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cum nec quantitas debita perire possit. *l. incendium*. 11. C. si cert. pet. nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere responsio est ad *l. si quis*. 56. §. 2. ff. de fidejuss. ibi, in omnem enim causam acceptus videtur. Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic sit sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum nummorum, quam extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi*. 52. §. 2. ff. de fidejuss. ubi Papinianus ait, fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis. *l. 2. §. ult. l. Seja*. 20. §. 1. ff. de instruct. vel instrum. leg. Respondeo, Papinianum non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis a colono præstandam intervenit, sed de eo, qui a colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promississet locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuras quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere; *Indemnem me præstabis?* aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis. arg. *l. 2. §. pen.* ff. de adm. rer. ad civ. pert. *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, in causam dicat, indefinite, an in causam omnem sive universam; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipollet universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri. *l. si postea*. 10. ff. rem pub. salv. for. *l. 3. ff. de fidejuss. tut.* Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit. *l. cum pupillus*. 9. *l. cum rem*. 11. ff. rem pup. salv. for. Non nihil autem negotii facit species *l. pen.* ff. ut leg. nom. cav. ubi cum legatarii ab uno e duobus heredibus, cum ab utroque legatum esset, satis legatorum nomine acceperant, & postea deficiente coherede portio

portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fidejussores teneri, sicut & is solidum debere cœpit, & sic aucta ex pacto obligatione promissoris principalis augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo, quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio coheredum, ut qui ex iis hereditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte testatus pro parte intestatus decedat. *l. unic. §. his ita. C. de caduc. toll.* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit Ulpianus in *l. 1. §. bellissime. 13. ff. ut leg. nom. cav.* ait bellissime quæri, an stipulatio seu satisfactio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel uturis sentiat: & respondet recte placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit, comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundum *l. in conventionalibus. 52. pr. ff. de verb. oblig.* & hoc significat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit, comprehendat*, nempe etiam si verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis duntaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur. *l. si stipulatus. 76. §. 1. l. si a colono. 89. ff. de verb. oblig.* D. Bachovius ad Treutl. vol. 1. disp. 23. thes. 5. litt. D. & E. respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & induere naturam obligationis ex testamento, quæ ratione fructuum & usurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur. *l. usura. 34. ff. de usur.* Sed melior est prior responsio; quia posteriori perspicue obstat *l. si a colono*. Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capua. 8. ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejussores. 68. §. 1. ff. de fidejuss.* quanquam singula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad perquam respondet Bronchorstius cent. 4. assert. 54. rectene an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum naves lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non est aliena carpere.

CAP. XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum, quippe quasi quis destituatur, audiet illud Pauli in *l. duo sunt Titii. 30. ff. de test. tut.* non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio nisi indubitata probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse, quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus. *c. foris. ext. de verb. sign.* sed ea aut directa est, cum scilicet id, quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur; aut obliqua cum id quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa *εὐθετος*, hæc *ἐντετυπος* dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versetur probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris

ris

ris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est. *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit. *C. evidenter. ext. de accus. Mynsing. 6. obs. 3.* Plane non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsis incumbit iudicibus: quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciant. *pr. Inst. de offic. jud.* Sed & pedanei iudices de facto tantum, non de jure cognoscebant. Quod si de jure incidisset dubitatio, prætorem aut præsides a quibus dati erant, consulere non litigantium allegata sequi debebant. *l. eum quem. 79. §. 1. ff. de judic.* Totum quidem illud in iudicis potestate est, ut statuat, utrum satis sibi probatum sit id, de quo quæritur an non. *l. 3. §. 2. ff. de testib.* at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet: solæ enim facti quæstiones in potestate sunt iudicis, non juris. *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo usque adeo non tenentur litigatores iudici probare, quid juris sit, ut contra iudex, si quid a litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat, quod sciat legibus & juri publico convenire. *l. un. C. ut quæ def. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea, quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud, quod in Curia Galliæ celebratum refert Mynfingerus, *venite ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocacy, probare debet eum prætulisse illicita compendia suæ existimationi, non autem qui talia faciunt, advocacy ne prohiberi, quod juris est. *l. 5. C. de postul.* Similiter, accusator a Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accusat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum est & notum sed factum ipsum. Puta turpem quæstum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiosfam. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis a creditore conventus dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiosfam. mutuam pecuniam dedit, actio petitione detur, sed se esse filiosfam. Ipse autem iudex statuat, quid juris ei tanquam filiosfam. ex Senatusconsulto competat. In summa cum de jure patris controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fateamur equidem jus aliquando inter advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quid sit certi & explorati juris, iudex non ex probatione advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris discere debet. *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut quæ def. adv. part.* in quam rem & Aristoteles *1. Rh. 1. ἡ δίκαιον, inquit, ἡ ἡδίκον, αὐτὸν δὲ πρὸς δίκασιν δὲ γινώσκον, καὶ ἡ παντάνως παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων.* Quod si quærat de communi DD. opinione, quam plerumque iudices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu juridicali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad statum conjectural-

lem

lem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, judici probare teneatur, & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto ipsum judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est. *pr. Inst. de offic. jud.* Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu judiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut secus? Cæterum ad victoriam causæ id necessarium non est, cum ipse judex, ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enimvero hæc ita obtinent & vera sunt, cum de jure scripto quæritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *l. cum de consuetudine. 34. ff. de legib.* aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchre *Ant. Faber Cod. suo forens. de testib. defin. 3. § 14.* Nempe cum consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consensus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet. Plane si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem. *Gail. 2. obs. 31. Mynsing. 6. obs. 41. § seq. Diod. Tulden. in C. quæ sit long. consust. Wesemb. par. ff. de probat. n. 7.*

CAP. XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

QUOD passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum etsi nihil ipse præstet, absolvi. *l. quotiens. 18. l. verius. 21. l. ante omnia. ff. de probat. l. 8. l. actor. 23. C. eod. l. 4. C. de edend. l. 9. C. de oblig. & act. id quidem verum est, quando reus id quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Cæterum cum reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur, veluti si reus dicat se solvisse, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse, ne actor peteret, &c. *l. 1. C. de probat. l. quotiens. 18. §. 1. § l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l. 2. ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio. *l. actor. 23. C. eod. tit. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant: sed quo minus probari possit, obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus a naturæ auctore, id est, a Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam: non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam accepisse. Hinc vulgo Doctores ajunt, pluris esse unum testem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis.*

Zzz

strumen-

strumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Cæterum hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negem Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & implebitur ejus probatio, si probem me eo die Lutetiæ fuisse. *l. optimam. 14. C. de contr. & committ. stipulat. §. item verborum. 11. Inst. de inut. stip. & utrobique Gloss. & DD.* nec dissimilis est species *l. 2. C. de err. adv.* ubi negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, sed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id quod nego per consequentiam necessariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum est, factum negantis, quatenus solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per consequentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti sufficere ad legata integra salva Falcidia exolvenda, in hac quæstione diserte responsum est heredi probationem incumbere. *l. cum de lege. 17. ff. de probat.* At quomodo hæres hic probabit, quod negat? Non potest directo: sed potest per consequentiam ostensa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Potest autem heres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem heredem aut dominum esse, potero id probare, sed ita demum, si ostendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescunque negationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectû affirmatio quædam est, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipsa affirmat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nempe si doceat se a proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam a filio exigitur. *l. si filius. 8. ff. de probat.* Huc item referenda negatio, quam interpretes appellant negativam juris, & qualitatibus: exempli gratia, si negem Titium testamentum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & possum, si ostendam esse filiumfam. Si negem posse esse procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis compotem fuisse, quæ Doctoribus qualitatibus negatio est, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio si doceam furiosum fuisse. *l. 5. C. de codicill.* Item si negem emancipationem rite factam esse, id probare debeo. *l. 5. §. 1. ff. de probationibus.* Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne possit quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit. Sed cum nego, emancipationem recte factam esse, hæc est negativa qualitatibus, eamque probare possum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est omnia debito modo peracta esse. *arg. l. 4. C. de jur. & fact. ign. l. 2. C. si adv. rem jud.* Huc etiam pertinet species *l. non nudis. 14. C. de probat.* nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæc autem negationes, non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quæstione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatibus,

litatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur. *l. 5. pr. ff. de probat.* quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam esse, vi ipsa ait emancipationem esse vitiosam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse procuratorem, affirmat te jure prohiberi procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re affirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam esse; ut si neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur §. 1. *Inst. de action.* his verbis possessor affirmat se dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid afferat ad sui defensionem; quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis confessoria & negatoria. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etli oratio affirmativa est; quia re ipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est. *l. 4. §. competit autem. 7. ff. si serv. vind. DD. comm. ad §. 2. Inst. de action.* Donell. in *l. 23. C. de probat. Duar. c. 12. prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fufis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

CAP. XIII.

An quo jure licitum sit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?

NON solum propter cognationem seu sanguinis conjunctionem a quarundam nuptiis abstinendum est, sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiat. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut socer & nurus; vitricus & privigna, & porro cæteri in recta sive perpendiculari affinium linea. §. 6. & 7. *Inst. de nupt. l. adoptivus. 14. §. ult. ff. eod. l. nemini. 17. C. eod. Levit. c. 18. vers. 8. 15. & 17.* Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus Apostoli *1. ad Corinth. 5.* ubi tale stuprum (τοιαύτην πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse. Idque variis exemplis doceri potest. Apud

Zzz 2

Mar-

Marcum Tullium *lib. 1. de divinat.* & Valerium Maximum *lib. 1. c. 5.* legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxisse : quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines transversi limitis in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui, aut avunculi ducere voluissent : ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuisse ; utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse : neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi crediderunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione soluta nuptiæ non impediabantur nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione constituisse certum sit. §. 2. *Inst. de nupt.* Cæterum insignis hic veterum Romanorum error est, & ingens profecto est discrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est : affinitas vero etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *c. 1. caus. 35. q. 1.* Atque hoc etiam posteriores honestate propius inspecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, sororium & fratram, id est, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec vicissim soror marito sororis nubere possit, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi. *l. 5. l. pen. §. 1. ult. C. de incest. nupt.* Quod & alii populi honestatis & verecundia paulo observantiores secuti sunt, ut Alemanni *legib. Aleman. tit. 40. §. 1.* Bojoarii *leg. Bojoar. tit. 8.* Franci *leg. franc. lib. 5. tit. 4.* Convenienter scilicet Legi Divinæ *c. 18. Levit. vers. 16.* quo loco cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeretur debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio ex ratione quam affert Moyses, quia inquit, fratris tui pudenda sunt : quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui est, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem esse arguunt loci novi foederis *c. 14. Matth. vers. 4. c. 6. Marc. 18. c. 3. Luc. 19.* Lex vero de fratria uno casu ducenda, scilicet cum frater sine liberis decessisset *c. 25. Deuter. vers. 5.* mysterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & in primogenita Christi nunquam intermorigura significaretur. *Augustin. quest. 61. in Levit.* Est igitur exceptio legis & dispensatio præcepti in *d. c. 18. Levit. vers. 16.* In linea transversa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæsarei extat interdictum : Sed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque existimant illicitas fuisse, propterea quod etiam in transversa inæquali linea persona superior parentis, inferioris liberorum locum obtinent. *l. nuptiæ. 53. ff. de rit. nupt.* Et quia Modestinus generaliter pronuntiat,

ma-

matrimonio copulari nefas esse, qui affinitatis causa parentum & liberorum loco habentur. l. 4. §. *hos itaque* 7. ff. de grad. & affin. Pontifices Romani longius progressi sunt, & sicut in consanguinitate vetuerunt conjungi non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se civili computatione distent, ita etiam in affinitate ad eundem usque gradum prohibuerunt conjungi affines. c. non debet. & ibi Canonist. de consang. & affin. Itaque secundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem sobrini uxoris meæ (*mijns huisvrouwen achterjusterlings dochter oft dochters dochter*) sine dispensatione. Sed hæc decreta nihil aliud sunt, quam laquei conscientiarum, citra ullum respectum honestatis aut naturalis pudoris fabricata tantum sedis Romanæ crebris dispensationibus ditandæ gratia. Lex Divina per Moysen data fere per omnia convenit cum jure Cæsareo Romanorum. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expresse apud Moysen d. c. 18. vers. 14. & c. 20. vers. 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patruī; adjecta hac ratione, quia est amita tua. Cui omnino consequens est. 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse, quia illius est matertera. 2. nec patrum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis uxoris suæ, quia & illi hujus Θεοι. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiae fratris aut sororis: quoniam & illæ hujus Θεαι. de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est art. 11. ord. polit. Cæterum an æque ex consequenti prohibita intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut de quo hic quæstio est, cum fratris aut sororis uxoris suæ, sive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim ajunt verecundum est, patrum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, consuefcere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum sorore mea, & unum successive cum duabus consanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia est amita aut matertera tua; quia est patruus aut avunculus tuus; τοῦ γυναικὸς τοῦ πατρὸς, ut vertunt septuaginta? non aliam utique rationem interdicti affert Moyses. Et vero si in universum spectamus causam ob quam nuptiæ etiam in quibusdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes jam non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in consanguinitate: & propositionem illam Moysi Levit. 18. vers. 6. *Ad proximam sanguinis sui nemo accedat.* etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & ad eum usque gradum vim suam exercere, ad quem usque extenditur prohibitio inter sanguine junctos, quæ & reformatæ ecclesiæ Doctorem sententia est, ut videre est apud Bez. tract. de repud. & divor. Zanch. lib. 4. de operib. Dei. c. 1. thes. 5. in fin. Beust. de matrim. c. 51. post prin. & alios; probata Ordinibus Hollandiæ d. ordin. polit. art. 8. & passim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Johannes a Sande lib. 2. decis. Frisic. tit. 1. defin. 8. dum asserit Zanchium & Bezam putare jure Divino permissam esse conjunctionem cum amita vel matertera marito, vel avunculi aut patruī uxore. Illos enim constanter contrarium docere comperturus est, quisquis locos citatos inspicere non gravabitur. Et quid? Bezane & Sanchius contra expressa verba Moysi, *Turpitudinem patruī tui non revelabis*, & c. pronuntiarent lege divina permissum esse matrimonium cum uxore patruī? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum

esse leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex professo agitur. Atque ita ex facto consultus non ita pridem cum Clarissimo viro D. Nicolao Dedelio Collega meo piæ memoriæ respondi. Obiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia concessa & permissa intelligantur, quæ non expresse & specialiter sunt prohibita. *l. nec non. 28. §. 2. ff. quib. ex caus. major.* Negabam hoc a Jurisconsulto dici, sed hoc tantum, si leges non prohibeant; simpliciter scilicet, non autem si expresse non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extensiva interpretatio fundata in sententia & ratione legislatoris tolleretur; quod absurdum, imo inauditum est, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Moysen non prohibemur specialiter ducere aviam, neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imo nec ipsam filiam nostram. An igitur dicemus inter omnes hæc personas jus connubii esse? absit. Neque enim in prohibitoriis id solum prohibitum intelligi debet, quod verbis expressim prohibitum est; verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex sententia scilicet legislatoris. *l. contra. 29. §. 1. seq. ff. de legib. l. 3. §. is autem. l. 7. §. mutui. ff. de senat. Maced. l. oratio. ff. de sponsal. cum simil. c. quod una. ext. de reg. jur. in 6. eoque pertinet. l. 6. §. 1. ff. de verb. sign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis. Et illud Celsi, Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. *l. scire. 17. ff. de legib.* Et quamvis igitur singula apud Moysen non sint expressa, tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda; cum hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur. *l. neque leges. 10. cum aliquot seqq. ff. de legib. l. 8. ff. ad leg. Aquil. Cic. pro Cæcinn. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib. de operib. Dei. c. 1. thes. 7.* in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines laterales spectant, moralia sint & perpetui juris. Et nostra quidem opinione verba *d. c. 18. Levit. vers. 24.* adeo clara sunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia tam graviter punivisset, nisi in singulis peccassent contra legem naturæ, id est, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur poenæ gravitas & notentur particulae universales, quibus singulos istos casus designat legislator, cum idcirco gentes puniendas esse ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodesse potuit, nec excusationem mereri, quod res non esset integra. Et si enim pleræque harum conjunctionum directe non adversantur primæ illi legi naturæ, seu primis juris naturæ principiis: contrariæ tamen sunt conclusionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis istis principiis elicere potest & approbare debet: & ita juri naturæ secundo: cujus gratiam facere nemo nisi Deus ipse potest: qui & forte in sanctis olim quædam matrimonia vetita. *d. c. 18. Levit.* concessit propter sancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapsis, & judicii errore aliorum exempla secutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte respondebitur, non exemplis, sed legibus judicandum esse. Grotius *2. de jur. bell. & pac. 10.* putat legem de conjugii a Deo datam universo humano generi in reparatione post diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbiorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in universum de conjugii a Deo per Moysen populo Israëlítico datas morales & æternas esse, atque haud secus constringere omnium hominum vitam, quam ipsa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic sibi quicquam vindicare posse, cum

Ant.

Ant. Contio 2. subsec. Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchio lib. 4. de operib. Dei. c. 1. thes. 7. Bucano loc. de conjug. quæst. 22. quanquam non omnes, qui contra istas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua sententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex c. literas. de restit. spoliat. ut & Panorm. in d. c. n. 17. multique alii e Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Jureconsultis, ideoque doctissimi Scolaſticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimonium contrahatur inter personas in gradibus prohibitis. d. c. 18. Levit. quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jesuitam de matrim. lib. 7. disput. 52. n. 7. Grotius lib. 1. introd. ad jurispr. Bat. c. 5. & Coren. conf. 21. n. 27. & 28. memorant, DD. Ordines Hollandiæ semel atque iterum per modum dispensationis petenti alicui permisisse, ut filiam gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flory Procuratori Generali 20. Augusti 1609. sed postmodum semper, ut accepi, idem petentibus de consilio Curiae provincialis denegatum est, non minus pie mea sententia, quam tuto.

CAP. XIV.

An quævis filiae a quibusvis parentibus dotandæ; & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiae locuplet?

DOTARE filiam eique conditionem honeste nubendi quærere patris officium est. *l. capite. 19. ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiss.* Nam cum maritus onera matrimonii sustinere cogatur, & pro hisce oneribus vicissim omnes fructus dotis, quam ab uxore accepit, ipsius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi scilicet filiam, ut hujusmodi onerum partem agnoscere debet. *l. pro oneribus. 20. C. de jur. dot.* Sed hoc ita si pater filiam habeat in potestate. *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in potestate filia est. Secus etiam est, si filia sit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos constitui potest. Sed nec tam arctum vinculum est patri cum filia emancipata & sui juris effecta, quam cum ea, quæ adhuc in ejus potestate & familia est: & hæc patri, illa sibi acquirit. Non adversatur quod a Papiniano responsum est, cum pater idemque curator filiae emancipatæ dotem pro ea constituit, in dubio eum videri magis quasi patrem de bonis suis dotem constituisse, quam quasi curatorem de bonis filiae. *l. 5. §. 12. ff. de jur. dotium.* Ex eo enim minime sequitur, patrem jure obligatum esse ad dotem filiae emancipatæ dandam: sed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex suis bonis dotare filiam emancipatam, & si expressim de bonis filiae non de suis dotem constituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obscure arguit *l. si res. § 1. ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, si pater filiae emancipatæ res, quæ ei post emancipationem donavit, cum dotem postea dederit, dotem a filia, non a patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiae sui juris effectæ dotem dare. Quod si pater filiae nomine dotem promissit, eamque ante nuptias emancipavit, non resolvitur promissio, non magis quam si pater ante nuptias mortuus esset. *l. si pater. 44. pr. ff. eodem.* Sed & ex hoc ipso a contrario sensu recte colligitur, citra promissionem non teneri patrem de suo filiam emancipatam dotare. Plane si filia emancipata sit paupercula, & absque dote conditionem invenire nequeat, tentari potest officio magistratus patrem cogi posse, ut dotem

dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet, qui pater est, in huiusmodi causis jure nostro pro patre habetur; sed is demum, quem nuptiæ demonstrant, aut qui filiam adoptavit. *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui sui vel al. jur. l. 1. §. pass. ff. de adopt.* Non inmutat, quod pater alimenta præstare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur asserendo, puta alere tenetur, ergo & dotare: sed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Bullius in *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* Etiam spuria si ve vulgo quæsitæ filia alenda a patre est, modo de eo constat: non tamen dotanda. Alimenta denegare est necare. *l. 4. ff. de agnosc. §. alend. lib.* denique quid verbis opus est, textus in hanc rem satis est clarus in *l. uxorem 41. §. pater naturalis. 11. ff. de legat. 3.* ubi pater pro filia naturali, cui fideicommissum debebat, dotem dans, non intelligitur id fecisse, ut pater, aut dotis debitor, sed ut bebitor fideicommissi, & hujus debiti minuendi causa. Quin & si maxime velit pater, tamen si liberos legitimos habeat, non nisi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre potest. *l. 8. C. de natur. lib. junct. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Unde tamen benigne dici potest, si filia naturalis valde inops sit, officio jus dicentis, si ve ut nunc loquuntur, officio iudicis nobili, patrem constringi posse, ut huic filiæ aliquid in dotem det; quod tamen, si liberi legitimi sint, non excedat quantitatem definitam. *d. l. 8. C. de natur. lib. §. d. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Et hæc communis est opinio. *Gloss. in l. uxorem. 41. §. pater naturalis. 11. ff. de legat. 3. Bartol. ibid. §. in l. 1. ff. solut. matr. n. 11. Bald. §. Salic. in l. ult. C. de dot. promiss. Mantica. lib. 12. de tac. §. ambig. conv. tit. 19. n. 4. §. 32. Gudel. 1. de jur. nov. c. 14. Perez. ad d. tit. C. n. 6.* Alii se fundant in æquitate juris Canonici, arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi *Gloss. Gail. 2. obs. 188. n. 4.* & plerique appellatione spuriorum intelligunt omnes, qui non sunt nati ex justo matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæsitis. *Palcot. de notb. spur. fil. c. 49. §. seq. Boer decis. 127. Covar. part. 2. de matrim. c. 8. §. 6. n. 15 Gail. d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati sunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, nisi ex magna & probabili causa. *l. neque mater. 14. C. de jur. dot.* Magna autem causa esse putatur non tantum si mater sit dives, pater inops; verum etiam si mortuo patre ipsa filia inopia laboret. Legibus etiam si hoc specialiter cautum est, ut mater hæretica filiam Christianam dotare cogatur: *l. cognovimus. 19. C. de hæret. §. Manich.* ad quem textum forte respexit Tribonianus in *d. l. neque mater.* in verb. *vel ex causa specialiter lege expressa.* Sed illud cessare cœpit, postquam ex constitutione Frederici in *auth. Gazaros. C. de hæret. §. Manich.* & Jure Canonico c. *vergentes. 10. ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiscare placuit, ita ut in *d. c. vergentes.* etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: nisi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis istis confiscatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, sicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur. *l. 7. ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata sunt: nemoque apud nos propter hæresin aut heterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio dispositioni *d. l. 19. C. de hæret.* locus erit in Judæa matre ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam damni par-

particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alienum commune est, & ad utriusque parentis officium spectat. *vid. Groenew. de ll. abrog. ad d. l. neque mater. & ibi alleg.*

Præcipua vero quæstio hic est de filiafam. locuplete seu bona propria habente, nempe an & huic pater dotem dare cogatur. Ego sic distinguendum arbitror: Si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum usumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur. cum 2. seqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeste pro conditione personæ suæ dotari potest; hoc casu non putarem patrem cogi posse, ut de suo dotem filiae constituat. Ratio est, quia nec talem filiam alere pater tenetur. *l. 5. §. scilicet. 7. ff. de agnosc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀναγκαστικόν. Et cessat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire potest. *Bart. in l. mulier. 22. §. cum proponeretur. 4. ff. ad senat. Trebell. Alciat. in l. 1. ff. solut. matrim. Tulden. in Cod. tit. de dot. promiss. n. 7. Bachov. in Trentl. disp. de jur. dot. thes. 2.* Multa quidem post Salicetum & alios, sed in vanum disputant *Gail. 2. obs. 95. Palæot. de noth. & spur. c. 49. & seq. Sichard. in l. ult. C. de dot. promiss. Bronch. 3. assert. 14.* ut probent argumentum a negatione debitionis alimentorum non necessario procedere ad negationem debiti dotis, causamque dotis etiam favorabilem esse causâ alimentorum. Quo nihil est παράδοξότερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dot. promiss.* quæ est una ex quinquaginta decisionibus Justiniani. Videamus ergo quid Justinianus illic constituat. Agit ibi Imperator de patre habente usumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. constitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de suo dare: sed si dotem ultro promiserit, definit, ex cujus bonis hoc pater fecisse censi debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiae. Et summa *d. l. ult.* est, quam refert Baldus. Pater simpliciter dotem dans pro filia non expresso de cujus patrimonio, censetur dedisse de suo ipsius patrimonio. Si vero dixerit se dotem dare de suo & filiae patrimonio, tunc si pater est inops, censetur dotem dedisse de filiae patrimonio: sin pater est locuples, censetur eam summam, quam expressit, dedisse de suo ipsius patrimonio, & tantundem tacite voluisse accedere ex bonis adventitiis filiae, in quibus usumfructum habet, quem usumfructum eatenus tacite remisisse intelligatur. Idemque jus constituit, si pater donationem propter nuptias pro filio promiserit. Quod si pater expresse dicat se de filiae bonis dotem dare, is casus non deciditur in *d. l. ult.* sed decidendus est secundum ea, quæ dixi, nempe patrem non cogi de suo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, seu quorum ususfructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de suis bonis ex liberalitate dedisse intelligitur. *l. 5. §. 12. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut superius quoque diximus, recte colligitur, posse patrem, si velit, etiam de filiae bonis dotem promittere, & si hoc expresse dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiae bonis dotem promissam præstare. *Fac. l. si res. 51. ff. eod. tit.* Non obstat, quod etiam filiae locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quasi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur a patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat. *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque si filia conditionem matrimonii reperire potest ob propria bona,

Aaaa

cessat

cessat causa onerandi patrem, ut bene *Diod. Tulden. ubi supra. Duar. ad tit. sol. matr. c. 3. de dotib.* Quod si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filiae habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam pater, qui usufructum in bonis liberorum adventitiis habet alimenta illis de suo praestare tenetur. *l. ult. §. ipsum autem. §. pr. & vers. cum enim. C. de bon. que lib.* De filia, quae sine patris consensu nupsit, frustra quaeritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exheredari potest, utique si minor viginti annis fuerit. *Grot. l. 2. introduct. ad jurispr. Batav. c. 18.* alibi etiam si major, modo minor 25. annis. *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 19. Tulden. in C. de nupt. n. 2. & de dot. promiss. n. 9.* Quid de jure Canonico hic statuendum vide *Gail. 2. obs. 95. n. 3. & seqq. Panorm. in c. 1. n. 6. de despons. impub. Covar. p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. n. 8. Tulden. d. n. 9.* An vero & quatenus secundum jura, quae nunc obtinent, recipi possit constitutio Justiniani in *l. ult. C. de dot. promiss.* quam singularem & satis mirabilem appellat *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 24.* & tamen usu forensi receptam praedicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur *Mynfingerus cent. 5. obs. 32. n. 2.* vide *Groenew. tract. de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & solide ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius temporis, quo composita & a Justiniano promulgata est, ratione & aequitate non careat, quod etiam non obscure innuit *Tulden. ubi sup. n. 6.*

CAP. XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiam si traditio secuta non sit?

DONATIONEM inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat *tit. ff. & C. de donat. int. vir. uxor.* Ratio sumenda a blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii quaerere possit: cui adde quae referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* & docte explicantur a *Connanolib. 8. comm. c. 11.* Sunt tamen nonnullae hic exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior. *l. 5. §. concessa. 8. & §. cum igitur. 16. ff. eod. tit.* si donationes sint reciprocae. *l. 7. §. 2. ff. eod.* aut remuneratoriae insignis alicujus operae aut officii. *arg. l. hoc jure. 19. §. 1. l. Aquilius. 27. ff. de donat.* si mortis causa donatio fiat. *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir.* Et si autem his causis, & si quae sunt similes, exceptis ceterae donationes inter virum & uxorem non consistunt; placet tamen morte donantis eas confirmari. *l. res uxoris. 24. & l. seq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum est oratione Severi & Antonini, quae refertur & explicatur ab *Ulpiano in l. cum hic status. 32. ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum secuta est; ac proinde praemoriente donatario evanescunt; quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest.

Quæ-

Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si conjux conjugi rem non tradiderit, sed donationis causa tantum promiserit, subtiliterque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa κατὰ μετανομίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti heredem exactio promissi detur. Res non caret scrupulo. *Glossa, Bartolus, Baldus & DD. comm. in l. Papinianus. 23. ff. de donat. int. vir. & ux. Costal ibid. Connan. lib. 8. comment. c. 11. Mant. lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. n. 32. Scip. Gentil. lib. 3. de donat. int. vir. & ux. c. 38. Mysing. cent. 2. obs. 33. n. 3.* Itatuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas, quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; heredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes, quæ me impellunt, hæc sunt. Primum quod non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit: & quia fidem suæ donationis non præstitit, poenituisse existimandus est. Imo nec revera & proprie donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat. *l. 1. ff. de donat.* Donatio est doni datio. *l. senatus. 35. §. 1. ff. de mort. ca. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni. *l. 3. §. 10. l. 23. ff. de don. int. vir. 2.* Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat. *l. 1. §. si vir. 4. & ibi Bart. ff. de acq. poss. 3.* Movet textus in *l. cum hic statutus. 32. §. 2. ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum esse, ut eripiatur donatario ab herede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini potest, nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. 4. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l. 32. ff. de mort. ca. don. & l. 11. pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permixta, hæc vetita. 5. Textus expressus & rotundus in *l. Papinianus. 23. ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori suæ stipulanti tantum spondidisset, non etiam tradidisset, marito mortuo heredem ejus conveniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæstio proposita deciditur, & secundum quod nobis visum apertissime pronuntiatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber *lib. 2. conject. 8.* respondet, Ulpianum memorare tantum sententiam Papiniani, non probare, cum diserte Ulpianus dicat Papinianum recte putasse, &c. Sed scilicet, si fides Ant. Fabro, vox recte ab imperito interprete addita est, & ideo tollenda. Schifordigerus autem *lib. 1. tract. 11. quæst. 8.* de via magistri sui non nihil deflectens putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in posteriore non repetit particulam *recte*: quali vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ νομῆς, aut posterior assertio Papiniani non dependeat, tanquam necessarium consequens a priori. Denique si posteriorem non æque ac priorem probasset Ulpianus, haud dubie id expressisset,

Aaaa 2

nec

nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papiniani sententiam, quam prius probaverat *d. l. Papinianus*. postea improbasse in *d. l. cum hic status*. At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papiniani in *d. l. Papinianus*. In *d. l. cum hic status*. §. 1. loquitur obscurius: & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis assertur, pati potest, ut postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus*. nulla obscuritas, plana & aperta Jurisconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus niti argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos Corasium *lib. 5. misc. c. 1. Ant. Fab. & Schisfordig. ubi supra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid his probabiliter responderi possit.

Primum ducitur ex *l. cum hic status*. 32. §. *sive autem*. 23. ff. *de don. int. vir.* ex quo loco sic illi colligunt; Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est. *d. §. sive autem*. At constat nec valuisse promissionem donandi causa factam. *l. 3 §. sciendum*. 10. ff. *eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumento concedi sibi postulant *20 in d. 2. ff.* quod est in questione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem sint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic status*. 32. §. *sive autem*. 23. commodè restringi potest ad donationem veram ac proprie dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione sit, ut in *l. 3. §. ult. ff. eod.* ut hisce modis & si qui id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d. §. 23. d. l. 32.* ubi expresse agitur de remissione obligationis facta per acceptilationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & mox donationis causa reddita esset. Sed ajunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventionione perficitur donatio, cum scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit. §. 2. *Inst. de donat. l. si quis*. 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promissæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & consummatur donatio promissi & doni præstatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, simul atque de pretio convenit: non ante tamen pro consummata habetur, quam res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipsam rei translationem significat: quam ob causam etiam inter modos acquirendi domini numeratur *Inst. de donat. in pr.*

Secundum argumentum sumitur ex *d. l. cum hic status*. 32. §. 1. ubi Jurisconsultus ait, oratione inductum esse non tantum, ut res fiat ipso jure ejus, cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Jurisconsulti de eo casu accipi possint, quo aut nomen conjugis donatum est & cessa actio, aut evictionem promisit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum sibi non constituisse, aut Papinianum a reliquis dissensisse Jurisconsultis. Addit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptilationem remiserit. sed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertio non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab Ulpiano respon-

sponsum est in *l. si stipulata. 33. ff. eod. si mulier annum stipulata fuerit, & manente matrimonio maritus decesserit, donationem* (Haloander & Duarenus legunt *stipulationem*) ex senatusconsulto confirmari. Respondet Bartolus confirmari quidem hoc casu donationem, sed non ultra, quam ante ex stipulatione præstitum est a marito juxta *d. l. Papinianus. ff. eod.* Ego autem puto recte defendi posse, ex promissione annui etiam ejus nomine, quod præstitum non est, heredes mariti, qui promisit, teneri, sed non aliter, quam si maritus re ipsa jam solvit aliquid de illo annuo, puta si unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promissio, & postea cessavit. Hoc, inquam, casu puto reliquorum annorum debitum ab heredibus exigi posse, propterea quod hic promissor ipso facto voluntatem suam satis declaravit: quamquam nec absurdum est in promissione annui ceu alimentorum statuere exceptionem. Plane non est existimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis responsio est, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adscribit, ut in specie *d. l. 2.* quasi traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus eadem vis est, quæ veræ. *l. 3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri solere: cum enim dos ipsa constante matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis *l. 4. ff. de jur. dot.* absurdum esse id tradi mulieri & statim a viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac si revera traditum esset, actione rei uxoriæ ab heredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem sententiam tribus verbis respondet, esse in *d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi sententiæ *Novell. 162. cap. 1.* ubi expresse etiam quævis promissio donationis causa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum est, datur conditio. Verum cum novum jus illic aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundum eam pronuntiandum? Sane quidem secundum illam *Novellam*, sed ego dubito an *Novella* ista in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus desideratur, & demum a Neotericis ex Græco translata & volumini Authenticorum inserta est. Unde nec a plerisque allegatur, ne quidem a Corasio aut ipso Ant. Fabro. Sed neque videtur esse Justiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita est inscriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris nostris & Galliæ moribus, vide *Groenew. de ll. abrog. ad l. 1. C. de donat. int. vir. & ux.*

CAP. XVI.

An cum testator prohibuit inventarii conscriptionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?

TUTORES omnes & curatores, cujuscunque generis sunt, non ante debent se mittere administrationi sibi commissæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum

rum pupillorum aut adutorum, nominumque & instrumentorum solenniter sub-
 præsentia publicarum personarum confecerint. *l. tutor. 7. pr. ff. de administ. tut.*
l. tutores. 24. C. eod. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut. solo patre legitimo administratore
 secundum communem interpretum sententiam excepto. *Montan. de jur. tut. c.*
32. reg. 5. de confect. invent. n. 88. Est autem inventarium hoc fundamentum
 administrandi bona & caput reddendarum rationum. *l. 1. §. 3. ff. de tut. & rat.*
distr. Inde enim promptum est, quod alias vix fieri posset, cognoscere, an &
 quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit deminutum. Atque ideo ob
 non confectum inventarium quasi suspecti remonentur, vinculisque publicis con-
 tinentur, tanquam rerum pupillarium spoliatores & prædones, & infamia notantur.
l. 3. §. tutores, qui repertorium non fecerunt. 16. ff. de susp. tut. (in editione Florentina
 illa verba desunt, & initium §. est, qui pecuniam.) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.*
 Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob la-
 tam culpam. *d. l. 7. pr. ff. de adm. tut. l. 2. C. de in lit. jur. Covar. var. resol.*
lib. 2. c. 14. n. 4. in fin. & n. 5. Montan. d. loc. n. 20. & multis seqq. Postremo
 non ante quam inventarium publice confecerint, & secundum morem solitum res
 iis traditæ fuerint, & ullam habent administrandi, aut vel attingendi bona pupillorum
 adutorumve facultatem. *d. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus
 aliquid de hoc jure relaxatur: vel si justa causa impediatur, quominus tutor statim aut
 suo tempore (de quo vide *Montan. d. loc. n. 29.*) inventarium facere possit, puta si
 morbus fonticus eum tardet. *d. l. tutor. pr. & ibi Bartol. n. 17.* aut si causa non admittat
 dilationem & res pupillo non obsit, sed profit. *l. ul. C. de tut. qui sat. non ded. d. l. tutor.*
& ibi Bart. n. 27. Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressim pro-
 hibuerit inventarium fieri. *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* Idemque juris esse plerique putant,
 etsi testator non expresse prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tuto-
 ri remiserit necessitatem inventarium faciendi. *Bart. in l. nemo potest. 55. n. 12. ff. de*
legat. 1. Guid. Pap. decis. 352. Clar. §. testamentum. quest. 66. n. 4. Montan. d. loc. n. 98.
Moller. lib. 1. semest. c. 39. n. 12. Gothofr. ad d. l. ult. §. 1. quasi nihil interfit, utro
 horum verborum testator usus fuerit, remitto, an vero si prohibeo: quod tamen vix
 est, ut probare possim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult
 non fieri, sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pu-
 pillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ justa causa est: remittendo
 tantum gratificatur tutoribus; quæ causa non videtur esse sufficiens. Sane Justinianus in
d. l. ult. §. 1. C. arb. tut. non aliter tutores a necessitate faciendi inventarii absolvit, quam
 si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & Jaso in *l. nemo potest. 55. ff.*
de legat. 1. in col. 10. notat & sequitur *Chassan. ad consuet. Burgund. in gloss. verb. par*
inventaire. tit. des enfans de plusieurs liets. n. 27. Joan. Dilect. de art. test. tit. 7. cautel. 3. n.
2. Damhoud. in patroc. pup. tit. de tut. & cur. mun. tom. 1. n. 17. Christin. ad stat.
Mechlin. tit. 19. art. 12. n. 7. Busf. ad l. 7. pr. ff. de adm. tut. n. 3. & in puncto juris verius
 esse tantum non fatetur *Clar. d. quest. 66. n. 5.* Causam autem prohibitionis hanc fer-
 me habent testatores, ne patrimonii secreta & æs alienum pandatur. *l. 2. C. de alim.*
pup. præst. & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad con-
 temptum publicetur. *l. 2. pr. vers. sed ubi quarta. C. quand. & quib. quart. pars. ac credi-*
tur pater proprietate sua liberis optime prospectum voluisse. l. nec in ea. 22. §. ult. ff. ad
leg. Jul. de adult. Solent autem judices huic prohibitioni testatoris plerumque ac-
 quiesce-

quiescere, quanquam non præcise coguntur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad solennem inventarii confectiorem, per textum aureum in *l. utilitatem*. 10. ff. de confirm. tut. l. 5. §. *Julianus*. 7. ff. de adm. tut. l. 7. vers. *nec tamen*. ff. de ann. leg. & simil. quemadmodum & vice versa ipse iudex interdum ex iustissima causa necessitatem conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiam si testator non prohibuerit inventarium fieri, puta si forte non conducat facultates pupilli patefieri. arg. l. 2. §. *ergo etiam*. 45. & seq. ff. ad Senat. Tertull. l. 2. C. de alim. pup. præst vid. Bart. ad l. 7. pr. ff. de adm. tut. n. 19. Chassan. ubi supra. n. 26. Montan. d. reg. 5. n. 108. Christin. d. art. 12. n. 7. 8. 9. Tulden. in Cod. de admin. tut. n. 2. Groenew. tract. de legib. abrog. ad l. ult. C. de arbit. tut.

Illud eleganter quæsitum, an prohibita inventarii confectiione hoc ipso censeatur testator etiam rationum reddendarum necessitatem tutori aut curatori remisisse? Affirmant *Dambond*. in patroc. pupill. c. 4. n. 15. *Molin* in consuet. Paris. 1. p. §. 6. gloss. 6. n. 12. *Moller*. 1. semestr. 39. n. 6. & plures ibid. alleg. Firmamentum hujus sententiæ est, quia absque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput est & fundamentum: atque ut *Molineus* post *Gemi*. in c. generali. col. 2. de elect. in 6. ait, sine inventario non potest confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod est de receptis: & *Damhouderus* paria esse, remittere rationum reddendarum necessitatem, & absolvere tutorem a confectiione inventarii: atque ideo hæc valere eis ἀποδείξει cui remissæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem testator a confectiione inventarii absolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior est contraria sententia, negantium scilicet prohibitione inventarii conficiendi necessitatem reddendarum rationum tutoribus simul remissam censeferi. Longe enim melius est & probabilius, ut dicamus prohibitionem istam pertinere duntaxat ad solennem inventarii confectiorem, quæ fit interventu publicarum personarum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit (quod nos dicimus *staat ende inventaris in handen van de Weefmeesteren leveren*. Grot. lib. 1. introd. ad jurispr. Bat. c. 9.) quæ prohibitio ideo fieri a testatore solet, ne secreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa fiat inquisitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac descriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis a testatore factæ cessat. Quod si ne id quidem voluisset testator fieri, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest. l. ita autem. 5. §. *Julianus*. 7. ff. de adm. tut. *Joan. Dilect.* ac art. test. tit. 7. cautel. 2. n. 3. Quapropter dicendum est etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est a testatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem a tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat pupillus, quo id probet, aut tutor, quo se defendat. Poterit autem se defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit si non refutetur manifestis probationibus. arg. l. 2. pr. vers. *sed ubi quarta pars*. C. quand. & quib. quart. pars. ita *Busius* ad d. l. 7. n. 6. ff. de adm. tut. *Christin.* ad consuet. Mechlin. d. tit. 19. art. n. 9. & ibi citat. & hæc vi ipsa etiam *Moller* sententia est loc. sup. not. n. 8. & facit huc l. si servus. 119. ff. de legat. 1. & l. cum tale. 72. §. *quid ergo*. 3. ff. de cond. & demonst. Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere,

cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro dispo-
neret, quod admittendum non est. *d. l. 5. §. Julianus. 7 ff. de adm. tut. D. Præses Ever-*
hard. consil. 211. n. 14. Quod vero ibidem refert casum, ubi a marito cautum, ne
uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait va-
lere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis antenuptialibus, qui-
bus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ
pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi
ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curatori suo legare
aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum ratio-
num potest. *d. l. 5. §. Julianus. 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem. 18. C. de fidei-*
com. quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius pa-
tri tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem le-
gaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit personæ extraneæ, cujus
in curatione est, aut fuit. *l. Aurelius. 28. §. Titius testamento. 3. ff. de lib. legat. junct.*
l. Aurelio. 20. §. 1. ff. eod. vide de hujusmodi liberatione a reddendis rationibus lega-
ta *Covar. lib. 2. var. resol. c. 14.* Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is,
quem liberis heredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum a solennis in-
ventarii confectione cum liberaffe intelligitur, non a confectione repertorii privati,
aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc patri sit.
Non eadem causa est heredis, cui testator interdicat, ne inventarium faciat, aut con-
fectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi potest repertorio & descri-
ptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione inventarium cum
omni solennitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hereditariis solvere paratus
sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamento cavere potest in præjudicium
creditorum suorum. *Bart. in d. l. nemo potest. de legat. 1.* Putarem autem posse tes-
tatore heredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium
legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut cre-
ditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est debita sibi amitte-
re, & lucra non capere. *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum testator potuisset omni-
no non legare, quidni & modum legato ponere possit? *arg. l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. sicut*
& satisfactionem legati vel fideicommissi nomine remittere potest l. pen. C. ut in poss. leg.
quod est notatu dignum; & ita est in Adversariis practicis Hogerbetii, vulgo *Pape-*
gaay-boek.

CAP. XVII.

*Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero
tantum ut voluntas ultima intestati?*

DISPOSITIONES testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno mo-
do ratione solennitatum, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint,
aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem
ordinationis pertinet, omissum fuerit. *l. si unus. 12. l. hac consultissima. 21. in fin. pr. & §.*
1. C. de

1. *C. de testam.* altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus, aut furore correptus sit, aut obmutuerit five vox eum defecerit. *l. si is qui. 25. ff. qui test. fac. l. furiosum. 9. C. eod. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* Sive autem ob aliquem solennitatis five ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos. *l. hac consultissima. 21. §. 1. & auth. seq. C. de testam.* Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio, atque ut illi optime sciunt, quid liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solennitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi interpretum sententia nec inter liberos valet. *Clarus §. testament. quæst. 9. post Bart. & alios in d. l. 21. §. 1. C. de testam. Gail. lib. 1. obs. 112. n. 14.* quam sententiam & Cujacius probat in *l. si is qui. 25. ff. qui test. fac.* eo quod hic vitio aliquo heredum interrumpitur institutio. & *Fac. arg. in l. Lucius Titius. 40. pr. ff. de testam. mil.* Quod autem de cœpto testamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. fam. ercisc.* ad solennitates referunt: nempe si pater solemne testamentum condere voluerit & cœperit, licet solennia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustineri. *Bart. in d. l. si is qui. Salic. in d. l. ult. post Gloss. ibid.* Atque ita ipse Constantinus verba sua in *pr. d. l. ult.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquit, *solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta.* Non est tamen sine ratione, quod Cottalius in *l. si filia. 20. §. si pater. 3. ff. fam. ercisc.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos divisit, illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppressus sit. *arg. d. l. si filia. §. 3.* Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. d. testam. n. 3.* displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solennitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an vero duntaxat sustineatur, ut ultima voluntas intestati? Prius asserunt *Castrens. Alex. Jas. in d. l. hac consultissima. 21. §. 1. C. de testament.* quos sequitur *Gilken. ibid. n. 9. Bachov. ad Treutl. disput. de testament. thes. 6. litt. H. & DD. comm. posterius Ant. Fab. dec. 35. err. 3. Schiford. lib. 2. tract. 11.* fere per tot. *Facin. 4. cont. 4.* allegans Glossam in *d. l. hac consultissima. §. 1.* quæ tamen ibi nihil tale affirmat: sed aperte contrarium tenet in *l. filii. 16. C. fam. ercisc.* Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii. 16. C. fam. ercisc.* ubi jubent Imperatores, etiamsi judicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat, si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrum familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eandem sententiam. Sed Constantinus idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati;

Bbbb

cipati;

cipatis; & licet non verbis, sed quibuscunque indicis aut signis voluntatem suam patet declaraverit. Tertia est Theodosii in *d. l. hac consultiſſima. §. ex imperfecto. 1. C. de testam.* qui jus hoc ſingulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad aſcendentes utriuſque ſexus ἀποβῆρας ἐκατέρως φύσεως, ut hæc etiam a Juſtiniano memorantur in *præſat. Nov. 107.* Quarta eſt Juſtiniani in *Nov. 18. cap. 7.* unde *auth. ſi modo. C. ſum. erciſc.* quæ pertinet ad diſiſionem factam per ſcripturam extra teſtamentum & codicillos puta per epiſtolam: cui ſcripturæ, ut rata ac firma ſit. Imperator vult ſubjici vel ipſius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partiſio ſit, ſubſcriptionem. Quinta & ultima eſt ejuſdem Principis in *Nov. 107. cap. 1. & 2.* unde ſumptæ ſunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici inſertæ ſunt in *d. l. hac consultiſſima. auth. quod ſine. & auth. hoc inter.* ubi certam formam huiuſmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus Juſtinianus præſcribit, & priores Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno atque altero caſu corrigit. Primum cavet, ne qualiſcunque ſcripta diſpoſitio inter liberos valeat, ſed ea duntaxat, quæ ſit ὁλογράμματος ſcripta plenis literis ſine ſignis aut abbreviaturis, & ſcripta aut ſubſcripta a parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes inſtituuntur. Deinde quod ad extraneos attingit, quos Conſtantine & Theodoſius plane excluſerant, iis legata & fideicommiſſa relinqui permittit: quo tamen caſu noluit ſufficere ſcripturam, niſi teſtes intervenerint. *d. c. 1. verſ. ſi tamen uxori.* quod ab Irnerio omiſſum in *d. auth. quod ſine.* Jam ut ad quæſtionem propoſitam, revertamur puto eos recte ſentire, qui imperfectam inter liberos parentum diſpoſitionem, valere exiſtimant jure teſtamenti, non autem tantum, & voluntatem inteſtati: utique ſi ponamus in tali diſpoſitione liberos etiam heredes inſtitutos eſſe, quia ſine heredis inſtitutione teſtamentum intelligi non poteſt. *arg. d. l. hac consultiſſima. 21. §. 1. C. de teſtam. & d. Nov. 107. c. 1.* ubi talis parentum diſpoſitio, teſtamentum, διατέταξις, διαθήκη, & parentes ita diſponentes διατιθέμενοι, teſtatores appellantur, atque in eo teſtamento heredes recte inſtituuntur. Omnis autem ſcriptura, qua heres recte inſtituitur, teſtamentum eſt. Nec obſtat, quod dicatur teſtamentum imperfectum: nam & teſtamentum militis imperfectum dicitur *l. 2. ff. de injuſto rupt. teſt.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & ſolenni ſucceditur. Teſtamentum autem imperfectum factum a parente inter liberos & ipſum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & ruſſicanorum teſtamenta ſæpe imperfecta ſunt ratione numeri teſtium & ſubſcriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujuſque perfecti teſtamenti habent. *l. ult. C. de teſtam.* Quæ omnia argumento ſunt, non eo minus ex teſtamento jure ſpeciali legibus ſolennitatum ſoluto ſuccedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum teſtamento ſolenni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali teſtamento & liberis prælegata, & ex conſtitutione Juſtiniani extraneis non modo fideicommiſſa, verum & legata relinqui poſſunt. *d. auth. quod ſine.* quæ tamen non niſi ex teſtamento valent. *§. præterea. Inſt. de fideic. hered.* Fortiſſimum autem huius rei argumentum eſt, quod huiuſmodi teſtamentum parentis non rumpatur niſi alio teſtamento omnibus modis perfecto: imo niſi & poſterius perfectum fuerit, & parens ſimul teſtatus ſit ſe prius revocare. *d. Auth. hoc inter.* de quod vid. *Clar. d. §. quæſt. 98. Graſſ. §. Teſtament. qu. 86. Boer. Dec. 240. Coren. deciſ. 39. ſuprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis ab-

absurdum est, alias sequeretur patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Cæterum multa huic sententiæ ob stare videntur. Primum quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget: at sola scriptura quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione. *Gail. 2. obs. 112.* Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profecto dignus esset qui sic argumentaretur, non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur, ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exheredari. Sed nusquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium teste Claro *d. §. testamentum. quest. 13.* Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? In exheredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt, ut testamenta? Tertio huic sententiæ objicitur *l. hac consultiissima. 21. §. si quis autem. 3. C. de testament.* ubi si cum in priore testamento perfecto scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantum tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu *d. §. si quis autem.* Theodosius expresse sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, recte colligas, voluisse eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l. 21. §. 1.* valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo objiciuntur constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii. 16. C. famil. ercisc.* cujus hæc est sententia. Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis judicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscunque verbis voluntatem suam declaravit, quoad bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, judicem familiæ erciscundæ sequi oportere. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda sunt, non ut cum Glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus, quasi scriptum esset, si solennitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solennitatem desiderant. *l. 6. §. 1. ff. de jur. codicill. §. ult. Inst. eodem.* & demum longe post tempora Diocletiani aliqua desiderari cœpit a Theodosio. *l. ult. §. ult. C. eod.* nec tam voluntas aut judicium deficiente aliqua solennitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de divisione hereditatis obventuræ inter liberos facta a parente intestato vel extratestamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat. *l. si filia. 20. §. si pater. 3. ff. fam. ercisc. l. parentibus. 8. C. de inoffic. testam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum

Bbbb 2

ajunt

ajunt hoc ipsum, quod constituunt, etiam juris auctoritate significari, optime Gudelinus *l. 2. de jur. nov. c. 4. circa fin.* Nihil igitur est in ea constitutione, quod nostræ & communis sententiæ obstat: non illa verba: *licet ab intestato ei fuerit successum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab intestato succeditur, cum testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ objicitur, est illa Constantini in *l. ult. C. fam. ercisc.* ex qua constitutione etiam eo casu, quo pater inter liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quam ab intestato succedi videtur, arg. verb. *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa dispositio non vi propria, sed externa, nempe officio arbitri familiæ erciscundæ sustinetur. Respondent plerique cum Accursio verba illa, *licet ab intestato*, &c. referenda esse ad casum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epistolam, vel quibuscunque verbis indicivse voluntatem suam significavit. Et quidem eo commode referri possent, si ipso jure aut vi paternæ dispositionis voluntas patris effectum sortiretur: sed quia non nisi ope judicis familiæ erciscundæ voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso jure. *l. 2. C. de inoff. donat.* melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primum constitutione Theodosii. *d. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de test.* deinde & quidem maxime constitutione Justiniani *Nov. 107. c. 1.* quibus diserte cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento instituentium teneat ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso jure sine ullo adminiculo externo. Ex hix, ut opinor, occurrere poterit & cæteris, quæ forte huic sententiæ ab aliis objiciuntur.

CAP. XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta dispositio inter liberos ex privilegio valeat?

NON ignobilis quæstio est, an ut scripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus testibus, aut paucioribus utique, quam septem jure singulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus glossator, cujus sententiam ex veteribus secuti Fulgosius & Salicetus in *auth. quod sine. C. de testam.* Cæteri vero interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium ivcrunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini causam a cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, desertam rursus suscepit, atque acriter speciosis argumentis defendit. *dec. 35. err. 4. & dec. 36. err. 9.* Sed videamus, an tam absõna, ut Faber putat, a ratione juris constituti, omnique legum auctoritate destituta sit illa interpretum communis sententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos dispositionem subsistere. Unum autem in effectum argumentum est, quo Faber hanc sententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & constitutiones, quæ circa parentum dispositiones non solennes promulgatæ sunt, tantum loquantur de scriptis parentum voluntatibus. *l. ult. C. fam. ercisc. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. C. de testam. Nov. 107. cap. 1.* unde sumpta *auth. quod sine. C. d. tit.* Quod attinet ad illam novel-

novellam Justiniani constitutionem, fateor verum esse, quod dicit: neque enim forma, quæ illic præscribitur, convenit voluntati ἀγαθῶν. sed cur de non alia quam scripta parentum voluntate ibi agat Justinianus, postea intelligitur. Sed & forte etiam Theodosius in *d. §. ex imperfecto*, per testamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per scripturam factum est, quoniam non de aliis, quam de scriptis testamentis in principio constitutionis locutus fuit: quanquam hujusmodi collectiones præsertim in rescriptis Principum non sunt necessariae: atque ut id quod dicitur in *d. §. ex imperfecto*, aliorum testamenta imperfecta non tenere, generaliter verum est, sive scripta sint sive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi potest & debet; sic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum testamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & sine exceptione intelligi potest. Et forte ideo Theodosius postea, cum de testamentis nuncupativis tractat, nullam subijcit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erisc.* quæ Constantini est, constans & firmum argumentum pro Martini sententia deduci potest. Etenim ex eo, quod Constantinus meminit epistolæ & cujuscunque scripturæ, minime sequitur voluntatem parentum sine scriptura verbis apud testes declaratam ratam non esse. Prius enim & testamenti meminit & codicillorum, quæ utique & sine scriptura fieri possunt. Neque illa Constantini verba, *siue quocunque alio modo scripturæ, &c.* respiciunt totum antecedens, sed proximum duntaxat, & illa, *seu epistola parentis, &c.* ut hic sit sensus, sive non testamentum aut codicilli, sed tantum epistola parentis relicta inveniatur, sive quodlibet aliud scriptum, quo vel verbis, vel quibuscunque indiciis voluntas parentis significetur. Et utique non est verisimile eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocunque scripto & quibuscunque indiciis declaratam, nolle servari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatam, licet paucioribus quam scriptam; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, ὡς ἐμάντεων μᾶλλον ἢ ἐρμηνέων ταῦτα προσδέσσειν, ut Justinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifesta velle rejicere. Postquam satis sibi probasse visus est Antonius Faber, ex solo testamento imperfecto, quod per scripturam a parente factum est, voluntatem inter liberos custodiri, non autem ex eo, quod factum est per nuncupationem hujus diversi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falsi comminiscendi ratio præcipiatur: multa enim esse in jure nostro, quorum probatio per scripturam permissa, per testes prohibita, quasi semper minus suspecta sit probatio, quæ sit per qualemcunque scripturam, quam quæ per testes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum est. per *l. in exercendis. 15. C. de fid. instrum.* & constat quam fallax sit probatio per comparisonem literarum. *l. comparationes. 20. C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime si scriptor usus sit notis quibusdam aut signis, qualis tamen parentum scriptura ex lege Constantini inter liberos rata est.

Denique si vera est illa Antonii Fabri ratio, cur æque in testamento scripto testes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem est, nullorum magis interesse, quam ipsorum parentum, ne falsum pro vero eorum judicio subjiciatur: sed male inde colligit Faber, ex eo esse, quod scripto eorum judicio ἀμαρτύρῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram testibus. Quin ex eo ipso loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus. 24. ff. de testam. milit.* ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupare citra solennitatem, dummodo testes aliquot adhibeat, quam scribere nullo teste adhibito, quamvis non aliorum magis, quam

quam ipſorum quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſer-
mo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit,
nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcunque
nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur
tibi etiam textum in hanc rem expreſſum in *l. filii. 16. C. fam. erciſc.* ubi Diocletia-
nus & Maximianus diſerte jubent judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris qui-
buſcunque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi: ac pro-
inde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Prin-
cipes juſ parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus
voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi δι' ὅλων γραμ-
μάτων, ut ipſe loquitur in *d. Nov. 107. c. 1. & τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν*, quod Con-
ſtantineſis permiferat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fa-
bri inſufficientem partium ſeu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov. 107.*
facile ex præſatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur; eam ſolum accipiendam
eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic pro-
fitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, il-
lud reprehendere, quod ſcripturas quaſvis admiferint, etiam in quibus voluntas te-
ſtatoris manifeſta non eſt, μη' ἐναργῆς καὶ ἀσαφὲς quæ tantum τεκμηρίοις conjecturis
quibuſdam & indiis nitatur, notans præcipue conſtitutionem illam Conſtantini in
d. l. ult. C. fam. erciſc. & talem ſcripturam διὰ τὸ ἀσαφὲς, propter incertum voluntatis
improbans. Cum autem in ſcriptura ſolum hæc ἀσάφεια metuetur, ubi res notis ſcri-
bi poſſunt, verba truncata eſſe, res partim a teſtatore ſcripta, partim ab alio, ad ſcri-
pturam etiam ſolum conſtitutionem ſuam retulit Juſtinianus. In teſtamento vero nun-
cupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum ſciret, ubi nullæ ſunt notæ,
unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, ſed ple-
na voluntas pronuntiatur. Hæc ſententia ut eſt communis, ita & certo jure ubique
in praxi & foro recepta. vide *Clar. §. teſtamentum. queſt. 1. Graſſ. eod. §. queſt. 16.*
Grot. lib. 2. introd. cap. 17. Sand. lib. 4. tit. 1. defin. 7. quod & ipſe Antonius Faber ul-
tro fatetur.

CAP. XIX.

*An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra
illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolemnitas?*

TESTATOR ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & notario teſtari
licet, ut in hac noſtra Batavia. Quæritur an tale teſtamentum valeat etiam in iis
locis, ubi major deſideratur ſolemnitas, & verbi cauſa teſtes ſeptem, ut in Friſia, ubi ſe-
quantur juſ civile Romanorum, Affirmant DD. *comm. in l. 1. C. de ſumm. Trinit. Vivius*
1. opin. 36. & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. *Guid. Pap. deciſ. 262.*
Teſſaur. 2. queſt. for. 8. Mynſing. 5. obſ. 19. & 20. Gail. 2. obſ. 123. Joann. a Sande
lib. 4. rer. jud. tit. 1. defin. 14. Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæſtione
propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admit-
tenda ſit communis ſententia: at circa res ſoli ſpectandum juſ ejus loci, in quo ſitæ ſunt.
quip-

quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis. *arg. l. ult. ff. de jurisd. l. ex ea. 9. ff. de postul. l. 4. C. de jur. fisc. ita Mansuer. in sua prax. tit. de succes. Nincl. Burgund. ad consuet. Flandr. tract. 6. Christin. vol. 2. decis. 3. & seqq. Bus. ad l. 6. ff. de evict. Diod. Tuld. in breviar. ad C. tit. de testam. n. 5.* Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod exillimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solennitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipsam, de qua disponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum intersit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subiectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid constituat circa actus alicujus solennitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicunque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt. *Schurff. cent. 1. consil. 6. n. 1. & 2. Gail. 2. obs. 124. n. 4. & seqq.* Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles servetur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus ejus loci, ubi sitæ sunt. *Grot. lib. 2. introduct. 26. in fin.* Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permixtum esse de bonis maternis cæterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. *Leonin. lib. 6. emend. c. 3. in fin. Perez. ad tit. C. qui testam. fac. n. 9.* Hoc testamentum non valebit iis in locis, ubi filiisfam. jus faciendi testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiam cum obtinet jus civile. *Sande d. lib. 4. defin. 1. add. Gail. d. lib. 2. obs. 124. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quod ad actus solennitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita: quoniam cum actuum solennia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per l. 6. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. C. quemad. test. aper. l. 9. l. ult. C. de test. consequens est, ut actus secundum jus & consuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona testatoris subiecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius sunt accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus. Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona heres consequatur, cum titulus ex testamento sit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit; aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solennitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversorum locorum placita aut mores dijudicare oporteret. *Peck. de testam. conjug. lib. 4. c. 28. in fin. Sande. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundum consuetudinem illius loci. Ad ea, quæ obijciuntur, facilis responsio est. Quale est illud, quod cum statuta sint localia, ibi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dif-

dispositio, juxta vulgatum illud, extra territorium jus dicens nihil agit. *l. ult. ff. de jurisd.* Negamus enim eos, qui circa actus testamentarii solennitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiam si ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici posse propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco statuti secundum formam a statuentibus præscriptam, ubique vim habere constat: nemo tamen est, qui ex eo colligit, tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia quod alibi quoque hujusmodi actus valeant, non nisi ex consequentia quadam fit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantum disponit de eo quod ad jurisdictionem statuentium pertinet. Et hoc est, quod Salicetus in *l. 1. C. de summ. Trinit.* ait, statutum concernens solennia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem, quod a Papiniano in *l. 9. ff. de Postul.* responsum est, cum, qui prohibitus est, pro alio postulare ex causa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis postulare non posse in qua præses fuit, qui sententiam dixit, in alia vero posse, quid argumenti magis contra, quam pro communi sententia elici possit, ego non video: sicut nec ex eo, quod constituitur in *l. 4. C. de jur. fisc.* ut prædia τῶν μερίων in fiscum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis distracta sunt; nisi specialiter id eis Princeps concesserit, ut ea sibi possent retinere: ut tamen non arceantur a successione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra initio proposita? Plane si lex expresse jubeat testatores sequi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiae emissæ anno 1611. cujus meminerunt Christinæus & Tuldenus *ubi supra. Perez. in Cod. de testam. n. 21.*

CAP. XX.

An liberis suis heredibus præteritis a patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novell. 115. c. 3?

INTERPRETES vulgo ex eo, quod *auth. ex causa. C. de lib. præter.* generaliter & indistincte ab Irnerio concepta est hoc modo: *Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones: cætera namque firma permanent:* colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse, quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommissa, &c. atque hætenus etiam in proposito jus vetus relatam in *l. 1. l. filio præterito. 17. ff. de injust. rupt. test.* mutatum esse. *Bart. in d. auth. n. 3. Covar. in c. Rainutius. ext. de testam. §. 6. n. 3. & seqq. Clar. §. testamentum. quæst. 52. Grass. in dict. legatum. quæst. 67. n. 2. Gail. 2. obs. 113. Fachin. 6. contr. 77. Bronch. cent. 3. assert. 29.* ulque adeo, ut contendant irritum factum testamento, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis paterne, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his, quæ in eo relicta sunt. *Gail. d. obs. 113. in fin. Donell. in d. auth. ex causa. n. 12. Duar. ad tit. de injust. rupt. irrit. test. c. 2. Fachin. 4. contr. 10.* Sed quantum ego judicare possum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam non

non bene Irnerius *d. auth. ex causa*. his verbis concepit: *Ex causa exheredationis aut præteritionis irritum est testamentum*, &c. cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sua constitutione *Nov. 115. c. 3. & 4.* unde decerpta est *d. auth. ex causa*. tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hereditas; sed quæ postea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat ἀνεστράται, irritum constitui, ἀνατρέπεσθαι subverti, rescindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt, sive quæ ab initio non jure facta sunt. irrita quidem esse recte dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem a nostris allegatur *l. 5. ff. de injust. rupt. test. § hoc autem. 5. Inst. quib. mod. test. infirm.* Cum itaque Justinianus non dicat, τῆς διαθήκης ἀνεστράται, testamento non subsistente, sed τῆς διαθήκης ἀνεστρέφεται, testamento infirmato, aut irrito reddito. *c. 3. in fin. d. Nov. 115. ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης*, subverso testamento. *c. 4. §. εἰ τις τοιαύτως*. Non debuit Irnerius dicere ex causa exheredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus Justinianum de iis solummodo testamentis agere, quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hereditas. Quomodo enim aut quando scripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis causam a testatore expressam probare possent, si ipsi non essent heredes, aut quomodo heredes esse possent sine additione, aut denique adire ex eo testamento, quod constet ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro everso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti heredes querentibus exheredatis exclusi sint a probatione causæ ingratitudinis, sive quod testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa causarum ingratitudinis in *d. Nov. 115. c. 3.* definitio. De his enim causis apud centumviros, in judicio querelæ inofficiosi solum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quam quæ inofficiosa argui, & per querelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quam quæ ipso jure valent: quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est *l. 7. ff. de lib. & posthum. l. 1. ff. de injust. rupt. test.* adeo, ut nec ex postfacto aut lapsu temporis unquam convalescat. *pr. Instit. de exher. lib. l. 7. ff. de lib. & posthum. l. 1. ff. de injust. rupt. testam.* Denique quod pro parte tantum rescinditur, necesse est in totum ab initio constituisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est. Justinianum omnem præteritionem exæquasse exheredationi, sublato veteri discrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim, si hoc discrimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? nec enim unquam solet Justin. quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commemoratione causæ, qua

Cccc

qua

qua impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant Justinianum in *d. Nov. 115. c. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inst. de inoff. test.* aut quam Marcellus loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subiectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. l. 3.* alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liqueat hoc ex eo, quod Justinianus in *d. Nov. 115. c. 5.* aperte profitetur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exheredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie est, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet. *l. Papinianus. 8. in pr. ff. de inoff. test. l. 4. vers. quod si fuisset. circa med. C. de lib. præter.* Nam etsi a patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea causa testamentum patris prorsus inutile & nullius momenti esset. Exheredatis autem a patre, aut etiam præteritis a matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obsequen- tissimis, relicta fuerat, injuria illa manebat. §. *sed hæc. 3. Inst. de inoff. testam.* cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel heredes institui, vel exheredari addito elogio. Cæterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione heredis, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindi salvis cæteris testamenti capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim explodendus est eorum error, qui putant filium etiam non rite a patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse, Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debitæ portionis aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque heredes instituti erant, neque ut oportet exheredati. §. *eadem. 12. Inst. de hered. quæ ab intest.* Quod vero Ulpianus *l. 8. §. si quis. 6. ff. de inoff. test.* ait secure eum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium præterire, sed posse secure exheredare hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Sed neque pertinet *d. Nov. 115. c. 3.* ad ea testamenta, in quibus liberi posthumi aut emancipati a patre præteriti sunt, quamvis illa jure subsistant: nam istorum natiuitate testamentum rumpitur ipso jure & in totum infirmatur; his præteritis per contratabulas bonorum possessionem evertitur. §. *1. & §. emancipatos. 3. Inst. de exher. lib.* ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, sit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire possunt. §. *2. Inst. de inoff. testam.* Nec quicquam ex hoc jure expresse mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut satis abundeque demonstravimus, tota sanctio Justiani in *d. Nov.*

Nov. 115. c. 3. spectet liberos, quibus ab hereditate patris exclusis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantum una querela inofficiosi testamenti; ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum sit, vel rum-patur agnatione sui heredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur, in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quam qui legitime a patre sunt exheredati: nec potest ea produci ad præteritionem paternam sine insigni liberorum, quibus consulere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præteritio pro exheredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi a matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis, quam a patre exheredati: sed his unicum tantum adminiculum superest, videlicet querela in officiosi testamenti. §. ult. *Inst. de exher. lib. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse testantur *Bart. & Jaf. in d. auth. ex causa.* quos secuti *Cujac. in l. filio. 17. ff. de injust. rupt. test. Govean. in l. 1. ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib. 9. conjecit. 14. & dec. 20. err. 4. Gilken. in d. auth. n. 1. & seqq.*

Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio facta sit a patre ignorante sibi liberos superesse, an a sciente: illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa salva manere, quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit. *Ant. Fab. Cod. suo for. de lib. & posthum. defin. 1. Christin. vol. 4. decis. 9. & probatur Diod. Tuldeno in comment. Inst. de inoff. test. c. 1.* In hisce autem regionibus passim necessitatem exheredandorum liberorum, si heredes non instituantur, non agnoscimus, utpote quæ suorum tantum heredum propria est, quales heredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium testamentorum. §. sed. si 6. *Inst. de exher. liber.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur. *Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 5. Grot. lib. 2. introd. c. 18. Christin. vol. 4. decis. 20. n. 8. Groenew. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de exher. lib. in pr.*

CAP. XXI.

Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?

ELEGANS quæstio est, utrum si exheredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitude, testamentum ex constitutione Justiniani *Novell. 115. c. 3. & 4.* nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertionem, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis,

Cccc 2

re-

relata a Glossa in l. 5. ff. de inoff. test. probata plerisque interpretibus in *auth. ex causa. C. de lib. præst. Clar. §. testamentum. quæst. 40. Gomez. 1. resol. 11. Covar. in c. Ratinutius. p. 1. n. 7. c. 16. Wesenb. par. de inoff. test. n. 7. & late defensa a Bach. ad pr. Inst. eod. tit. Cæterum, ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvit, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumve exheredationis pertinent; sed tantum de causis, ob quas facta exheredatio, juste vel injuste facta intelligatur. At injustitia exheredationis non viciat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post dict. Nov. 115. dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris prioris, scilicet nominatim, pure, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exheredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit etiam si præteriti sint liberi emancipati; etiam si præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerint; ut posthumi exheredati nativitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. emancipatos. 3. item §. sed hæc quidem. 5. & §. ult. Inst. de exher. liber. Delentur ferme in totum tit. ff. C. & Inst. de inoff. test. Quis vero credat tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba d. Nov. 115. c. 3. circa fin. & c. 4. §. si tales. 9. ubi cum jussisset Imperator, si exheredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium præstarent scripti heredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur ἐν τῇ ἰδίᾳ ἐχούσιν ἀνεῖναι, τὴν ἰδίαν ἔχοντες, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀνεργεῖσθαι & ἀναργεῖσθαι quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constituerunt. Quo vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, querela inofficiosa, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim, exheredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Adhæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut præteritis testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti heredibus legimus: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit exclusis scriptis heredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosam querelam, sed prouorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potissimum rei afferre, remedium, ne scilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi se-*

scm-

semper officiosos fuisse, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut absolvat testamenti solennitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse quamvis injusta sit: alterum, ut exheredatum summoveat ab hereditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit iustis de causis: posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus, priore in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. Nov. 115. c. 3.* continentur, aut ex iis quidem sed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectum exheredatus de inofficioso hodieque agat & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit. Falsum enim est quod plerique pro vero nobis obtrudunt præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, sed ex hac causa non minus nullum esse testamentum, quam si pater præterisset, nisi præteritione additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exheredandi illic introducunt, ubi non est fuitas. *l. 11. ff. de lib. & posth. l. 4. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.* Proinde nihil quoque interest parentes a liberis exheredati sint, an præteriti: nam hæc in linea adscendentium nihil differunt. Ita concludimus cum *Fulgos. & Don. in d. auth. ex causa. Duar. c. 3. ad tit. de inoff. test. Vigl. ad rubr. Inst. eod. Cujac. ad Nov. 18. l. 1. §. 2. de succ. creat. §. 20. n. 162. & seqq. Fachin. 4. contr. 9. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 4. Perez. in Cod. tit. de lib. præter. n. 13.*

Argumenta dissentientium non sunt talia, quin his facile ex iis quæ jam dicta sunt, occurrere possit. Primum est, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur. *l. 8. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.* Esto, sed falsum est, quod assumunt, exheredationem sine elogio factam rite factam non esse, petuntque hic sibi concedi *το ἐν ἀρχῇ* supponentes in exheredatione omisso elogio facta leges & ritum exheredationis observata non esse: quod est *πρώτον ψεύδος*. Nam, ut supra demonstravimus, in tota illa *Nov. 115. c. 3. & 4.* nihil cavetur de alia solennitate aut de alio ritu in exheredatione observando, quam qui prioribus legibus præscriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut a tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur. *l. 3. §. 1. & seqq. l. cum quidem. 19. ff. de lib. & posthum. l. sed sub. 18. ff. de bon. poss. cont. tab. §. sed hæc. §. Inst. de exher. lib.* sed tantum proclivior via sternitur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exheredatio rite quidem facta est, sed injuriam habere videtur. Non obstat, quod Justinianus expresse jubet causam ingratitudinis testamento inferri: nam idem, si inserta non sit, non vult testamentum ipso jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte duntaxat, quoad institutionem scilicet heredis; cetera autem capitula salva manere. Itaque frustra hic objicitur vulgatum illud: quod contra legem sit, ipso jure nullum est. *l. 5. C. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & subsistere patitur suppeditato remedio, quo quod factum est, rescindatur aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus: de quo nos fusius *lib. 1. quæst. 1.* Non majoris ponderis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim minime sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum ipso jure nullum esse.

esse. Sed hæc collectio bona est; ut testamentum maneat *ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ*, & ab omni oppugnatione tutum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo si tali titulo honorati non sunt, testamentum non manet firmum, sed oppugnari & expugnari potest. At, inquiunt, exheredati sine elogio non possunt causa cadere: frustra autem datur actio, in qua non potest actor succumbere. Mira ratio. Ergo frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exheredatis. §. 2. *Inst. de inoff. test.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non possunt non vincere. *l. omnimodo. 30. C. eod. tit.* Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem iis casibus quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

CAP. XXII.

An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu a testatore prohiberi queat?

QUANDO unum tantum heres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur. §. *hereditas. 5. Inst. de hered. instit.* Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur. *d. §. hereditas.* quam ex voluntate defuncti, quæ ejusmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres scriptus est. Quod si verbi causa, tres, singuli ex unica scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodissime dicitur arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hereditatem divisisse. Quod secus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum. *l. 3. C. de testam. mil.* hoc tamen casu diversum jus est, propter d. regulam, quæ non militum, sed paganorum testamentum coercet; atque uno tantum herede in certa assis parte a paganorum instituto, pars hæc reliquas ad se trahit; a milite si idem factum sit, residuum heredes ab intestato ferunt. *l. quærebatur. 19. ff. de testam. milit.* quod & in Græcis Institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit non ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tusculano, valet institutio detracta rei mentione. *l. 1. §. si ex. 4. l. quoties. 9. §. si duo. 13. ff. de hered. instit.* nisi ei coheres indefinite aut ex parte assis datus sit: tunc enim legatarii loco habetur. *l. coheredi. 41. §. ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. instit.*

Verum & hoc ipsum ex subtilitate juris est, atque ex vi superioris regulæ, ac proinde ad militaria testamenta non pertinet: nam si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur, quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse. *l. 6. ff. de testam. milit.* Igitur jus nostrum, ut inquit Pomponius *l. 7. ff. de reg. jur.* non patitur eundem in paganis testato & intestato decedere: quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam agentia & negantia, & ideo idem subjecto inesse aut
de

de eodem subiecto pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse: at non prohibet lex oppositionis, quo minus dicamus eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum, sed secundum partes diversas. Cæterum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per heredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis heres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici repræsentationis genere, & vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Eoque pertinet, quod scribit M. Tullius *lib. 2. de invent.* unius pecuniæ dissimilibus de causis heredes esse non posse; nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset. Rationem hujus rei hanc affert Gomez *lib. 2. var. resol. c. 3.* quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræsentari. Putarem ego naturaliter in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* positum esse pro eo, quod recepti passim moris erat; ut & alibi interdum *l. in causa. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minor. l. item si. 22. §. 1. ff. locat.* Nam regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in testamento militis: unde satis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula descendit jus accrescendi inter plures heredes testamentarios, videlicet uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui heredes extiterunt. *l. liber homo. §. 3. l. si ita quis. 66. ff. de hered. instit. l. un. §. his ita. 10. C. de caduc. toll.* quanquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis. *l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. & valet utrobique ex necessitate.* Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est. Neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse. *l. 4. C. de repud. her. alterum.* Neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere posse, partem repudiare. *l. 1. l. 2. ff. de acq. her. d. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei etiam invito & ignorantia deficientium portiones accrescunt. *l. heredi. 31. l. si duo. 38. l. qui ex duobus. 53. §. 1. ff. de acq. hered. d. l. 9. ff. de suis & leg. her. & accrescunt semper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum. d. l. un. §. his ita. C. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sunt: si promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis: & in distributione si permixti instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius personæ potestate fungi, ut non plus universi consequantur, quam disjunctorum singuli. *d. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. l. heredes 63. ff. de her. instit.* eademque ratio est & heredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine colectivo, alii separatim vocantur; quod fit, cum quidam in stirpes,

alii

alii in capita veniunt, ut filii & nepotes; fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei: verum ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legatis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi; si concurrant: si vero non concurrant solidum postposito herede. §. *si eadem*. 8. *Inst. de legat. l. un. §. ubi autem*. 11. *C. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem rei accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ uno deficiente portio ejus in hereditate manet. *l. hujusmodi*. 84. §. *pen. ff. de legat. 1.* & cum deficientis coheredis portionem coheres invitatus & cum onere semper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitatus plerumque accipit, & interdum sine onere. *d. l. un. §. his ita*. 10. & *seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hereditatis aut ex certa re institutus sit, is nihilominus in integrum assensu potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut heres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant. *l. nemo potest*. 55. *ff. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulas juris civilis dispariter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommissio partem testamento expressam restituere heredi scripto. *vid. Gomez. 1. resol. 10. n. 10. & seq.* vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere heredi instituto: quæ sententia, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea; & numero etiam suffragiorum vincit, testibus. *Fig. ad d. §. 5. Clar. §. testamentum. q. 74. Christin. vol. 4. decis. 11.* Leviam autem valde sunt, quæ huic sententiæ objiciuntur, & præsertim a D. Bronchorstio *lib. 2. misc. contr. assert. 14.* quale primum illud est, quod Ulpianus in *l. quoties. 9. §. si duo. 13. ff. de hered. instit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: unde sic ex contrario recte colligi putat, si paterfam. expresse voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus, ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis, *si modo voluntas patrisfam. manifestissime non refragatur*, non hoc significat si testator prohibuerit reliquam portionem accrescere institutis, eam relinquendam esse heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & testato & intestato posse decedere: sed longe alia istius clausulæ sententia est, nempe quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes essent nominatæ, in manifesta testatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri fami-

liæ

liæ eriscundæ. *l. ex facto. 35. ff. de hered. instit.* Putat præterea D. Bronchorstius satis probari posse testatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte testato decedere, & sic cavere, ne residuum heredi instituto accrescat, per *l. peto. 69. pr. vers. idem dicemus. ff. de leg. 2.* Proponitur ibi heres ex asse scriptus his verbis a testatore rogatus, *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.* & ait Papinianus tale fideicommissum valere. Ergo, inquit Bronchorstius, legitimi heredes hic in residuo ab intestato succedunt. Hoc, inquam ego, levius primo est, & aperte falsum. Nam cum heres institutus tentata vel deducta certa re aut summa rogatus est hereditatem restituere, aut quod vi ipsa idem est, certa summa contentus esse ejus, qui testamento non facto legitimus heres futurus esset, gratia, ut in specie proposita, non duo diversi generis heredes hic defuncto succedunt, unus ex testamento, alter ab intestato; sed uterque ex testamento, alter directo, alter oblique seu ex fideicommissio. Atque hoc casu heres fiduciarius restituta hereditate instar legatarii est, & vi ipsa legatarius: fideicommissarius solus heredis locum obtinet, actionesque hereditarias solus & exercet, & excipit. §. *si quis una. 9. Inst. de fideic. hered. l. si legatus. 30. §. 3. ff. ad senat. Trebell. l. pen. C. de her. instit.* Adhæc, ut probet testatorem posse pro parte tantum bonorum testatum decedere, & consequenter prohibere, ne reliquum heredi testamentario accrescat, adducit D. Bronchorstius responsum Scævola in *l. si quis ita. 82. ff. de hered. instit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres instituitur, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante. An igitur deficiente testamenti conditione & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus institutus pro parte ex testamento heres erit? Quis unquam talia audit? Somnum obrepisse clarissimo viro, cum hæc scriberet, diceret, adeo plena est tota illa assertio *παρεμνησάν*. Postremo & in eo insignis error est, quod sententiam suam existimat stabiliri per *l. dominus. 57. §. 1. ff. de usufr.* ubi talis species a Papiniano proponitur: Testator libertis suis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommissum relinquit: deinde heres scriptus distributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præstitit: mox unus ex libertis alimentariis seu fructuariis ob alimenta vita decessit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accrescat cæteris collegatariis sive confideicommissariis, an vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus partium emolumentum ex persona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus responsi ratio non est obscura. Nam cum fructum singulis ad alimenta duntaxat præstari testator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret: eamque ob causam portio unius deficiens cæteris non debet accrescere, quibus assatim suppetit, quo se exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverso jure succedentes, alter ex testamento, alter ab intestato? Nec vero hic disputamus de legatariis aut fideicommissariis ejusdem rei, inter quos ut accrescendi jus non nisi ex voluntate defuncti locum habet, ita prohiberi a testatore potest sine offensa superioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio est, cur idem illud jus cesset in legatis alimentorum; nempe quia testator intelligitur noluisse, hic quicquam accrescere. Sicut enim in agris limitatis locus, non est jure alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus possessoris circumscriptum est *l. in agris. 16. ff. de acq. rer. dom.*

D d d d

ita

ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum cessat jus accrescendi, quod cum aluvione comparatur. *l. si Titio. 33. in fin. ff. de usufr. d. l. dominus 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta. 16. §. 2. ff. de alim. legat.*

Et si autem communis hæc sententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorstii: est tamen & media quædam, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. pen. C. de hered. instit.* & a qua non adhorret doctissimus Bachovius: nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus heres scriptus vi & potestate juris ex asse heres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut heres ille ex certa parte aut re scriptus residuum vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommissio teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hereditatem ejus venturi fuissent, ducto argumento a simili, quale proponitur in *l. si quis. 29. ff. ad senat. Trebell. & §. 3. Inst. quib. mod. test. infirm.* item in *l. ex facto. 17. pr. ff. ad senat. Trebell. & fac. l. peto. 69. in fin. pr. ff. de legat. 2.* Atque hæc sententia mihi quoque non displicet: imo magis placet, quam superior illa communis quoniam favet voluntati morientium salva ratione juris. Et huc accommodari potest clausula in *d. l. quotiens. 9. §. si duo. 13. ff. de hered. instit.* de qua supra. Excogitavit & Viglius noster mediam sententiam, sed ille dum servare cupit voluntatem defuncti, manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro incognita est. Quod cum nec ipse Viglius dissimulet, persuasum habeo, cum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. *Grot. 2. introduct. c. 18. Gudelin. 2. de jur. noviss. cap. 5. Christin. vol. 1. decis. 51. & decis. 312. & vol. 4. decis. 10.* An autem per hoc quoque censeri debeat in totum abolitum esse jus accrescendi, hic non disputo. vid. *Christin. d. decis. 51. Gudelin. d. cap. 5. Groenew. tract. de legib. abrog. ad §. hereditas. 5. Inst. de hered. instit.*

CAP. XXIII.

Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo heredi a patre facta extitisse intelligatur, ut substituto fiat locus? & an jus suutatis per hujusmodi substitutionem tollatur?

CONDITIO hæc vulgaris substitutionis, *Si heres non erit*, qui casus primus dicitur, pro diversa qualitate heredum & personæ instituti diversimode accipitur. In extraneo herede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hereditatem acquisierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejusdem qualitatatis herede, qui alieno juri subiectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse heres erit, neque hereditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit. *l. si paterfam. 40. ff. de hered. instit.* in suo herede eadem formula citra controversiam hoc significat, si heres esse non poterit, quod fit si ante patrem testatorem vita decedat; tunc enim, nisi liberos reliquerit, qui quasi agnascendo testamentum rumpant, semper locus

locus est substituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc significari, si se paternâ hereditate ablineat, si cum effectu ex testamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis se immiscere noluit. Nam etsi suus heres ipso jure heres existat, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro herede. §. 3. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer. l. in suis.* 14. ff. *de suis & leg. her.* & ideo non esse sine herede dicatur, qui suum heredem, licet se abstinentem habet. *l. cum quasi.* 30. §. *sed & si.* 10. ff. *de fideic. libert. quæ res etiam sua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes.* &c. *l. 12. ff. de vulg. & pup. subst. l. filius.* 41. & *l. seq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. ff. *de reb. auct. jud. poss.* Tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex mente & voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur atque approbat, non *in d. pateris* seu nuda ista existentia, ut male Theophilus existimavit; sed immisio filii cum aditione heredis extranei comparanda est, & substitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, sed reipsa & cum effectu heres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum.* 67. ff. *de rit. nupt. l. si post.* 68. ff. *de legat. 1.* aperte negant filium, qui abstinuit, patri heredem extitisse: nec prætor hunc heredis loco habet. *l. si filius.* 12. ff. *de interrog. in jur.* Et alioqui si nullo modo efficere filius possit, ut non sit heres, frustra ei substitutus daretur in eum casum, quo heres non erit, quo procul dubio continetur etiam casus, quo non vult heres esse. Enimvero si filius patri superstes decesserit non declarata voluntate super immixtione aut abstentione, hic excludetur substitutus propter transmissionem hereditatis ipso jure quæsitæ nec derelictæ, aut repudiatæ. *l. Lucius.* 45. ff. *de vulg. & pupill. l. 3. C. de jur. delib. junct. l. un. §. 5. & §. cum autem.* 13. *C. de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non esse, quod plerique tradiderunt, quos sequitur *Fachin. 4. controuv. 71.* filium, qui vulgarem substitutum a patre accepit, desinere esse suum heredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, suum heredem, qui in casum vulgarem substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum, necessitatem istam, ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remisisse intelligatur dato filio vulgari substituto, ut quod alias filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinenti nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba.* 12. ff. *de cond. instit. l. 4. pr. l. jam dubitari.* 86. ff. *de hered. instit.* Sed nullo modo admitti potest, quod Doctores vulgo contendunt, per substitutionem vulgarem in totum tolli jus suitatis. Licet enim suitati cohæreat & in persona sui heredis annexa sit necessitas; est tamen diversa qualitas a suitate; atque hac salva, aut tantum vulnerata illa tolli potest, quod omnino considerandum est. In servis est necessitas, suitas non est. Ex eo quod quis suus est, ipso jure heres fit, bonaque paternâ propter continuationem domini penes eum remanent: ex eo, quod necessarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, respondere. *l. necessarius.* 57. ff. *de acq. hered.* quanquam etiam hic suum confert suitas. In suitate magis jus & commodum liberorum, in necessitate solius patris vertitur, cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario herede facere voluntarium. *l. 12. ff. de cond. instit.* Neque unquam pater dicitur suum sibi heredem

dem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium heredem facit, suum tamen heredem non facit, ut recte Goveanus in *l. 2. §. sed si quis. 5. n. 35.* contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi sententia facit *l. si filius. 16. ff. de lib. & posthum.* Neque enim in casu illic proposito substitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius suus heres esse desinat, ut male colligit Bartolus, sed hoc, ut filius interim decedens præterito posthumo non possit videri heres fuisse ab intestato, quoniam substitutus testamentum sustinet, nec ex eo filius heres existere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum posthumi nascituri. de quo fuit *Anton. Fab. dec. 32. err. 8.* Similiter cum prætor liberis necessariis heredibus potestatem facit abstinendi hereditate, eosque liberat ab oneribus hereditariis sive velint hereditatem derelinquere. *§. 2. Inst. de her. qual. & diff. d. l. 57. ff. de acq. hered.* necessitatem tantum tollit, non sinitatem; ex necessariis heredibus facit voluntarios, non ex suis extraneos: quippe cui positum non nocere liberis, sed prodesse. *l. 12. ff. de vulg. & pup. subst.* Itaque quemadmodum post datam a prætore suis & necessariis heredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui heredes manent, ipsoque jure & ignorantes heredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur. *§. 2. Inst. de her. qual. §. 2. Instit. de her. quæ ab int. d. l. 57. de acq. her.* quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur. *l. 2. ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent. *l. nam nec. 89. ff. de legat. 1.* & consequenter quemadmodum hic manet idem sinitatis effectus, videlicet ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam ad heredes quos libet transmittat. *l. 3. C. de jur. delib. l. 7. §. 1. ff. de acq. her. l. 19. §. 2. ff. de castr. pec. l. 8. C. de suis & leg. lib.* ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo heres non erit, substitutus a patre datus est, licet necessarius heres esse desinat, idque ex ratione ipsius juris civilis non tamen desinere suum heredem esse, eumque ante immixtionem aut abstentionem decedentem hereditatem ad quosvis heredes transmittere excluso substituto. Quod si per substitutionem vulgarem tolleretur jus sinitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari expressa pupillaris contra quam utimur. *l. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* denique & transmissio, quæ solius sinitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsi sunt, priora duo manifeste, tertium arg. *l. un. §. 5. & §. cum autem. 13. C. de cad. tol.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hereditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub. tit. *C. de his qui ant. ap. tab. her. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soliantea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodosii comprehensas. Insignis itaque error est Joan. Deckheri, qui lib. 1. diff. 14. n. 43. ut communem opinionem tueatur, nimirum per substitutionem vulgarem jus sinitatis omnimodo tolli, asserit ideo per vulgarem substitutionem suo heredi factam tolli jus transmissiois, quod ex jure sinitatis est; quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quam si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos heredes tam ex testamento, quam

quam ab intestato statim & ipso jure heredes existere. §. 2. *Inst. de hered. qual. l. 1. §. 6. ff. si quis omiff. ca. test.* & clausis adhuc tabulis. l. 3. *C. de jur. delib.* Concludendum igitur substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum & speciem impotentiae, sed in casum voluntatis, ut loquuntur, & abstinentiae duntaxat; utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui succedendo rumpant, dubium non est, quin substitutioni locus sit. *Zaf. tract. de subst. c. 1. in quart. effect. Gomez. 1. resol. c. 3. n. 15. 16. §. 24. Christin. vol. 4. dec. 16. n. 4. D. Joan. a Sande lib. 4. decis. Cur. Fris. tit. 3. defin. 1.* ubi plures allegat. & optime *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7.* Illud quoque mihi persuadeo, ut hoc obiter addam, abstinente filio suo herede quo casu substitutum addmitti supra diximus, substitutum heredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hereditatem adire posse ex vi formulæ *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres esto*: quamvis *Ant. Faber decad. 32. err. 7.* contendat non ipso jure substitutum hoc casu heredem fieri, sed a prætore tantum ad bona admitti. Etenim suus heres se abstinens, tantum secundum quædam heres adhuc manet, secundum alia fauciatur & enervatur fuitas, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abstinente, veri heredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc *ἐν πᾶσι ὁδῶν*.

CAP. XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?

O LIM qui sibi & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum vel-
lent, ex consilio prudentum, ut credibile est, disjunctiva hac & gemella substitu-
tionis formula, quam *Modestinus in l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* duplicem ap-
pellat; usi fuerunt, *Si filius mihi heres non erit, sive erit, & intra pubertatem decesserit, &c.*
propterea quod vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non exerebat ultra casum
expressum, vel quod ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti
adhuc juris erat. Postea autem *Impp. Marci & Veri* constitutione introductum, ut si
pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse in-
telligeretur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, & impubes decesserit. *l. 4. pr. ff. de vulg. & pup. subst.* Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum sub-
stitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituo*, factam, tractum est *d. l. 4. §. 1.* Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expres-
so contineri etiam casum pupillari; veluti si pater impuberi filio heredi instituto ita sub-
stituit, *Si filius heres non erit, Titius heres esto*. hic enim, ut inter omnes convenit, e-
tiam in alterum hunc casum, *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, Titius substi-
tutus intelligitur; nisi voluntas testatoris aperte refragetur. *d. l. 4. in fin. & l. 4. C. eod.*
Quod autem pupillaris quoque substitutio hic admittitur, id fit ex sola conjectura vo-
luntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi heredem
esse voluit, si filius heres non esset, voluisse quoque eundem esse heredem filio, si filius
heres esset, & intra pubertatem moreretur; utroque enim casu pariter substitutum

Dddd 3

dilex-

dilexisse videtur. nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur heredem a patre accipere. *l. Julianus. 42. ff. de acq. hered.* In voluntate autem testatoris manifesta huiusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet & in casum secundum esse substitutus contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressim in casum secundum substitutum dedit. §. 3. *Inst. de pupill. substit.* aut in conditione substitutionis eum adiecit, cui in secundum casum substitui non potest: quod cum sit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique heredum substitui poterat. *l. 4. §. 2. l. Lucius. 45. ff. de vulg. & pup. substit. l. 2. & l. 4. C. eod.* Excipiendus etiam casus singularis in *l. ult. C. de inst. & substit.* ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adversus matrem coheredem posthumo datam, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare offendunt verba illa, *in hac specie, in huiusmodi casu.* Non obstat *l. 8. C. de impub. & al. substit.* quia loquitur, de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur. *l. in testamento. 6. C. de test. mil. Don. in d. l. 8. num. 5. & 6. Vigl. ad pr. Inst. de pup. substit. Bronchorst. 3. assert. 34.*

Cæterum an ex contrario expresso casu substitutionis pupillaris seu secundo dicendum sit contineri etiam casum vulgaris seu primum, non est æque expeditum. Et communis quidem sententia est expresso secundo primum quoque casum comprehensum intelligi. *Gloss. & DD. in d. l. 4. ff. de vulg. & pup. Mantio. lib. 5. de conject. ult. vol. tit. 3. n. 5.* quam sententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur a magnis viris Lancell. *Polit. de substit. pup. quæst. 8. n. 39. Vigl. ad pr. Inst. de pup. substit. Anton. Fab. decis. 32. err. 9. & 10.* qui in contrarium eunt, ac serio contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etsi numero Interpretum nobiscum sentientium superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modestinum in *d. l. 4. pr. de vulg. & pupill. substit.* quæ hæc sunt; *ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur.* Ecce non ajunt Impp. cum pater in primum casum, quomodo loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed cum in alterum casum, hoc est, unum e duobus sine ulla distinctione, primus, an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis hanc quæstionem proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2. vers. hoc itaque.* Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede instituto puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes heres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus hoc casu fratrem impuberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi jurisconsultus monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutæ substitu-

stitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri sepe separatim substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, nempe in pupillarem videri debeat impuberi substituisse? At hujusmodi quæstioni post Divorum Marci & Veri constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum, sive solum in casum secundum. Diserte autem dixi, cum uterque alteri separatim substituitur, pubes scilicet & impubes: quia si verborum compendio mutuo substituti sint hoc modo, *cosque invicem substituo*, in vulgarem tantummodo casum reciproca substitutio facta intelligitur. Quippe in tali specie incongruens visum est, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. *d. l. 4. §. 2. ff. l. 2. C. eodem. Mantic. d. tit. 3. n. 6. Govean. ad d. l. 4. n. 13. in fin. Duar. ad tit. de vulg. & pup. substit. c. 15.* A ratione quoque non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum casum substitutus intelligatur quoque substitutus in secundum. Imo fortior est voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc; quod etiam Christin. *vol. 4. decis. 15. n. 4.* notavit. Nam cum pater filium heredem instituit, quem etiam sperat sibi heredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum, eum, quem filio heredi facto substituit, ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse etiam filio herede non existente sibi heredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expresse sibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam. 28. ff. de reb. aut. jud. poss.* quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris hereditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hereditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligat Faber substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstimente, hereditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione colligeris nec legitimos heredes abstimente pupillo posse patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum disputat Bachovius ad *Treutler. vol. 2. disp. 11. thes. 8. lit. F.* Et quidni præsupponendum esse dici possit in quæstione a Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hereditatem, utcunque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi quidem quod ad istam quæstionem attinet, idem videtur sensisse Jovalenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a Marcello & Ulpiano in *l. Julianus. 42. pr. ff. de acq. hered.* Levicula autem sunt, quæ de ordine sententiæ communi obijciuntur, quod nempe hic sit naturalis ordo, ut a casu primo transeat ad secundum, non vice versa. *l. 2. §. prius autem. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* & quod absurdum sit in accessorio, quale est testamentum filii, contineri principale seu testamentum patris. Quando enim conjunctim eodem

eodem tempore iisdemque tabulis ac contextu pater sibi & filio testamentum facit, nihil refert, a suo, an a filii incipiat. *d. l. 2. §. sed & si. 6.* atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo. *l. 15. ff. de pecul. leg.* ac proinde, etsi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in specie proposita haberi debet, ac si a casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc quæstio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib. 7. instit. orat. c. 7.* meminerunt. Coponius posthumum heredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium heredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta est de hereditate controversia inter heredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius contendebat legitimis heredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur: at posthumum ne natum quidem esse; ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione heredem esse oportere. Quod iudicium ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiscuntur, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum fratrum confirmatum est.

Plane in substitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expresse quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest quippe cum vulgariter ei duntaxat substituere queam, quem ipse mihi heredem facio. Quid si duobus diversis testamentis pater sibi & filio heredem scripserit: sæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solennibus rursus adhibitis? Pone patrem suo testamento perfecto, alio deinde die aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permissum est. *l. si quis. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra *l. patris. 10. §. 1. eod.* Atque in suo quidem testamento filium heredem instituisse, sed iisdem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo ei pupillariter substituit. Hic ego dicerem cum Bachovio sub pupillari expressa non intelligi comprehensam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam sibi heredem quæsisse patet videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii provinciis, quia pupillari substitutione non utimur, disputatio hæc supervacua est. *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 13. Grot. lib. 2. introd. c. 19. Groenew. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de pup. subst.*

CAP. XXV.

An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?

QUANDO de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei: atque hi tres casus diversum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, potest legatum conferri in tertii
ali-

alicujus arbitrium tanquam in conditionem. *l. 1. pr. ff. de legat. 2.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest*, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib. 2. obs. 2.* legere, *veluti conditionem*. Sed quid hoc est, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit, *Mævio fundum Tusculanum do lego, si Titius voluerit*. Tale, inquam legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta si forte acciderit aliquando, ut id ille velit; ut conditio potius sit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium adscenderit*. Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l. 1. pr. ff. de legat. 2.* ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditione poni possit. *l. senatus. 43. §. 2. ff. de legat. 1.* Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *Si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, debere ait, quod scilicet conditio potius sit, quam legati dandi merum arbitrium. *l. fideicommissa. 46. §. 2. ff. de fideic. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam. *Si Sejus Capitolium adscenderit*. Estque hoc legatum vere conditionale, ac morte ante conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguatur. Dissentit Hotomannus *lib. 1. amicab. 5.* Pomponium & Modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, sed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale. *d. l. 1. §. 1.* Bonum autem virum cum dicimus, non judicem intelligimus, etiam si is vel maxime boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, justum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib. 3. de offic.* Est vero in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur: & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit. *d. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. C. comm. de leg. & fideic.* quanquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet. *l. si coita. 75. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. l. si quis. 43. ff. de verb. oblig.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter; dum totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur citra ullum respectum conditionis, ut illa verba, *si voluerit Titius*, idem significant, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio pendere legatum, sive is æquum sive iniquum arbitraretur, quod fieri non potest. *l. illa institutio. 32. ff. de hered. instit. l. nonnunquam. 52. ff. de cond. & demonstr.* Enimvero in consequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati potest, veluti si testator expressim adjecit conditionem, *Mævio centum do lego, si Titius Capitolium adscenderit*. Etsi enim Titius Capitolium non adscendat, nisi volet: tamen testator hic non tam voluntatem Titii, quam factum adscendendi & contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen adscendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & adscendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legato adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si aperte testetur Titius nolle se, ut Mævius legatum capiat, & tamen adscendat? Nihilominus

E e e e

de-

debebitur legatum, quod non deberetur, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset. *d. l. nonnunquam. 52. ff. de cond. & dem.*

Quod ad heredis arbitrium attinet, tantum abest, ut legatum conferri possit in liberum heredis arbitrium, *si heres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur in *l. senatus. 43. §. 2. ff. de legat. 1.* legatum in heredis voluntate poni non posse; nempe non posse ne quidem tanquam in conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus. *l. utrum. 7. §. 1. ff. de reb. dub. fac. l. stipulatio. 17. l. a Titio. 108. §. 1. ff. de verb. oblig. l. 8. ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim nec tale legatum valere, *si heres Capitolium adscenderit, Titio centum dato.* quamvis Cujacius valere putat. *arg. l. 3. ff. de legat. 2.* sed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator, *nisi heres meus noluerit*, quali conditionale legatum est, & primam duntaxat voluntatem exigit. *l. fideicommissa. 11. §. sic fideicommissum. 5. ff. cod. 3.* Utique in herede hæc verba, *si voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis. *l. fideicommissa. 46. pr. ff. de fideic. libert.* Dicerem tamen potius in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tue committo.* *arg. d. l. 46. §. 3.* Plane in arbitrium heredi quasi boni viri recte confertur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si aestimaveris heres, si comprobaveris, si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit.* &c. *l. si sic legatum. 75. pr. ff. de legat. 1. d. l. 11. §. quanquam 7. ff. cod. 3. d. l. 46. §. 3. de fideic. libert.* neque hoc casu legatum est conditionale, per *l. 1. §. 1. de legat. 2.* Utiliter quoque sic relinquitur, *cum heres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult, sed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, a quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab herede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est. *d. l. 11. §. hoc autem. 6. l. uxorem. 41. §. pen. de legat. 3. facit. l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. oblig.*

Postremo, quod ab arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expresse conferri, *Titio centum dolego, si voluerit.* Et hoc legatum est conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur. *l. si ita legatum. 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. si ita expressum. 69. ff. de cond. & demonstr.* Quod si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacite insit, non facit legatum conditionale. *l. conditiones. 99. ff. de cond. & dem. l. 3. ff. de legat. 2.* Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacite insunt, non reddere legata conditionalia, licet a testatore exprimantur. *l. Cornelius. 69. ff. de her. instit. l. heredi. 7. §. tractari. 5. ff. quand. dies leg. l. servo. 47. ff. de cond. & dem.* Hoc enim sic accipiendum & temperandum est, nisi alia sit aut aliam vim habeat conditio expressa, ut in proposito. *l. nonnunquam. 52. ff. d. tit.* idque significat Marcellus in *d. l. servo. 47. in fin. cod.* Exposui breviter sententiam meam super subtilissima hac questione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. *vid. Gloss. Bart. & DD. in l. 1. ff. de legat. 2. Cujac. 2. obs. 5. Hotoman. 1. amicab. 5. Robert. 2. sent. 10. Connan. 9. comment. 5. Pet. Fab. ad l. 22. §. 1. ff. de reg. jur. Bronch. cent. 3. assert. 48.*

CAP. XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

ETIAM res alienas legari posse semper constitit, & posse etiam si difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus. 39. §. constat. 7. ff. de legat. 1.* nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit *l. verbis legis. 120. ff. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe heredem suum onerare, ut rem redimat & redemptam præstet, aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est. *§. non solum. 4. Inst. de legat. 1. si domus. 71. §. 3. eod. 1.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor. 30. §. ult. ff. de legat. 3.* & expresse testatur Ulpianus in *fragm. sub. tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari. *l. ab omnibus. 104. §. 2. ff. de legat. 1.* Atque ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo constitit jure postliminii. *l. 9. l. si servus. 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius. ext. de testam.* ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat speciem *d. c. filius.* esse singularem, quod res alterius ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideo extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque *Mantic. lib. 9. de conject. ult. vol. tit. 10. Fachin. lib. 5. contrav. 38.* At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. c. filius.* ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis seculi legibus, quam legi Dei convenire significat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inst. de legat. c. 5.* fatetur quidem improbari a Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum cum eam expresse non abroget; merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut heres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet. *l. si domus. 71. §. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. §. ult. l. qui quatuor. 30. §. ult. ff. eod. 3.* Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut heres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi Divinæ minime repugnare.

Cæterum non semper res aliena legata debetur: verum interest utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoravit, non item. *l. unum ex familia. 67. §. si rem. 8. ff. de legat. 2. l. cum alienam. 10. C. de legat. §. non tantum. 4. Inst. eod. forsitan enim*, inquit ibi Justinianus, *si scivisset alienam rem esse, non legasset.* Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit heredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei. *d. l.*

Eccc 2

unum.

unum ex familia. §. si rem. l. Stichus. 36. in fin. ff. de usufr. legat. Quare si res heredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipse heres est, tam facile eam heres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit. *d. l. unum ex familia. §. si rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum esse. *d. l. cum alienam. C. de legat. quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraquell. priv. pie caus. 66. Vasq. lib. 3. de success. progress. §. 27. num. 41.*

Illud belle quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorum fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte a Paulo responsum est in *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & ait Jurisconsultus hoc constare, ut ostendat certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro herede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est. *l. in re communi. 26 ff. de serv. præd. urb. l. si quis. 74 de legat. 3. l. 2. ff. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur. *l. recte dicimus. 25. ff. de verb. signif.* Mens testatoris; quia etiam si res dubia esset, non facile crederetur testator heredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam. *d. l. unum ex familia. 67. §. si rem. 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor dicturus est plus quam partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familia. §. si rem. junct. §. non tantum. Inst. de legat. excepto utique casu supra memorato ex l. cum alienam. 10. C. eod.* Sed quid si eodem modo legaverit, cum scriret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi: quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam. num. 2. C. de legat.* Cæterum contrariam sententiam, quam probant *Bart. Bald. Jaf. Angel. Zas. Duar. in d. l. 5. §. ult. ff. de legat. 1. Mant. lib. 9. de conject. ult. vol. tit. 1. n. 12.* veram esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & rei communis five pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat: nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum res communis fuit & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse heredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est. *d. l. unum ex familia. §. si rem. de legat. 2. l. Stichus. 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Confirmat porro hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus. 24. ff. de instruct. vel instrum. leg.* ubi sententiam Neratii explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumen-

tum,

tum, quod testatoris fuit, legato cedere : quod si nullum ille in eo fundo instrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. si quatuor. 30. §. qui fundum. 4. ff. de legat. 3.* Atque eandem omnino rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit. *l. si domus. 71. §. ult. ff. de legat. 1.* Enimvero si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum totum vel omnem, responderem utramque partem, & tam alienam, quam quæ testatoris fuit, legatam videri, arg. *l. Juliano. 68. in pr. ff. eod. 3.*

Multa tamen huic sententiæ obijciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur. *l. si dictum. §. 2. ff. de evict. a verbis autem non facile sit recedendum. l. ille aut ille. 25. l. non aliter. 69. eod. 3.* Respondeo, verum quidem est, non facile a verbis recedendum esse : sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quam quod dixit aut scripsit, sensisse testatorem apparet. *d. l. non aliter.* nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura potior atque potentior est. *l. Labeo. 7. §. 2. ff. de sup. leg. l. cum virum. 16. C. de fideicom. l. ubi. 21. ff. de reb. dub.* Mens autem testatoris in proposito fortissime colligitur ex illa veteribus toties usurpata conjectura, quod scilicet haud facile credendum sit, testatorem voluisse heredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundo obijcitur *L. Mævius. 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2.* Sed longe alius casus ibi deciditur, nempe quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum solum pertinet, ususfructus autem alienus est, simpliciter, id est, non deducto usufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam usufructum ab herede petendum esse. Ratio dubitandi est quia usufructus non est pars rei. *l. recto dicimus. 25. ff. de verb. sign.* Et vero si pars esset, non nisi stulte quæreretur, an ubi constat totum legatum esse, appellatione totius usufructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc est, quod etsi usufructus proprie pars non est, inlar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet : ac proinde fundo legato etiam usufructus, nisi expresse excipiat & detrahatur, legato cedit. *d. l. Mævius. §. fundo. l. 6. ff. de usufr. ear. rer. quæ us. consum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino ut singulare, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie huic gemina, cum errore labi, & plus hic valere scripturam, quam quod actum, aut cogitatum est. *l. si alii. 19. ff. de usufr. leg. contra communem scilicet regulam, secundum quam voluntas magis, quam verba, spectanda. l. cum virum. 16. C. de fideic. l. Labeo. 7. §. 2. ff. de supell.* Porro quod hic juris est in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus usufructus alienus est, legata, arg. *l. quæ de tota. 76. ff. de rei vind. D. Duarenus* nimium hic sollicitus est, & frustra laborat in alio casu quærendo : quanquam vera sunt, quæ profert. Obijcitur tertio locus in *l. cum filius. 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, responsio est, cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in casu ibi proposito i. se fructuarius est, nulla redemptione oneratur. Quarto obijcitur *l. si res obligata. 57. de legat. 1. d. l. Mævius. 66. §. fundo. 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicom.* quibus locis traditur heredem rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere debere, utique si sciebat testator eam pignori obligatam esse. *dd. ll. §. sed & si. 5. Inst. de legat.* unde sequitur non liberari heredem præstando id quod defunctus habuit. Respondeo; comestura voluntatis testatoris rem suam, quam creditori obligatam esse scierat, legatus facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus sit heredis, qui in uni-

versum jus defuncti succedit, non legatarii. *l. 1. C. si cert. pet.* non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi a legatario, nisi hoc expresserit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *d. l. si res obligata. § 7. de legat. 1. & d. 6. C. de fideic.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest: quippe, quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato usufructus, qui alienus est, ab herede peti possit, teste Autumnio *cons. Gall. & Confer. du droit. ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. 6. ff. de legat. 2.* ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *d. §. fundo.* ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Bataviæ quoque nostræ moribus omnino consentaneum videtur. Similiter si testator alii fundum, alii usufructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ut usufructus contra mentem testatoris communicetur secundum *l. si tibi. 19. ff. de usufr. leg. & nescio* cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur *Bern. Autum. in cons. Gall. ad d. l. si tibi. add. Groenew. tract. de leg. abrog. ad d. l. si tibi. & ad d. l. Mævius. 66. §. fundo legato. de legat. 1.* Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit. *d. l. si tibi.* interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu, quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura, quam quod actum est, dummodo de eo, quod actum est, non constet: quam interpretationem nec verba nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadvertunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAP. XXVII.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falsa demonstratio vitiet legatum?

SI quis heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis aut legatarii demonstrat, necesse est. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: cæterum & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum. *l. quotiens. 9. §. si quis. 8. ff. de hered. instit. l. si ita. 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur. *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim. 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore, nihilominus institutio aut legatum valeat, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset; dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit. *d. l. quotiens. §. si quis. ff. de hered. inst.* pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur. *l. 2. ff. de his quæ pro non script.* Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliæ sororis meæ filio centum do lego.* si soror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet, quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Cornelie filio centum lego,* valebit legatum etiam si ei non Cornelio. sed Sempromio nomen sit. Denique & sic demonstratio recte fit; *cujus nomen in codicillis scripsero,* illi heres meus centum dato. *l. institutio talis. 10. ff. de con. inst.* nam quod

quod in herede sic demonstrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debetur Sempronianus, si constet hunc legatum esse. *l. 4. ff. de legat. 1.* Et convenienter si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit, *Stichum servum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet servo Davus, non Stichus nomen sit. *arg. l. demonstratio. 17. ff. de cond. & dem.* Plane si quis cum vestem legare vellet, suppellectilem scripserit, putans suppellectilis appellatione vestem contineri, placet nec vestem nec suppellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit. *d. l. 4. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus hanc differentię rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quę grammatici appellativa vocant, per hominum, quę illi propria, propterea quod rei sive personę tantum singularis designandę causę reperta sunt. Hęc autem esse mutabilia, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia. *l. Laqueus. 7. §. 2. ff. de supell. leg.* ut proinde in his error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hęc discrimin. Propria nomina omnia *θεσς* constant: & ita ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturę rei imponantur: quapropter nec rei *εσς*, sed tantum differentiam *επατιδης* indicant. Appellativa vero *φύσς* quodammodo constant, id est, a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quę sunt *ἀρχηγα καὶ στοιχία*, seu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, licet imposititia sint, publica tamen & ipsa sunt; ac communia: & sive prudenter, sive temere & *κατὰ τύχην* imposita sint, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu: eorumque impositio naturę consona habetur, nec minus hęc, quam prima ipsam rei substantiam denotant. Quęsitum vero est, an non saltem valere debeat legatum, si res cum oculis subjecta esset, a testatore manu demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cum equus præsens esset ita dixit, *hunc bovem Titio do lego*. Accursius in *l. quę extrinsecus. 65. ff. de verb. oblig.* existimat valere, & equum deberi; cujus sententiam & plerique interpretes secuti sunt. Mihi vero id minime consentaneum videtur responso Pauli in *l. 3. ff. de reb. dub.* ubi Jurisconsultus sic scribit. *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino sententię sive Servii, sive Celsi, dicentium *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. ff. de supell. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æque stultum ac derisorium, ut illa, de quibus in *l. 4. ff. de legat. 1.* quod etiam Mynsingero ad § *si quidem. 29. Inst. de legat. n. 10.* verius videtur. Plane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quęstioni voluntatis propter rerum affinitatem. *l. librorum § 2. §. quod tamen. 4. ff. de legat. 3.* *¶ ibi Bart.* Quin etiam generaliter idem admittendum putem, si aliquo colore usive loquendi vocabulum quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest *arg. l. si quis vinum. 9. pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat in *comment. ad Inst. tit. de legat. c. 21. add. Duar. ad l. 4. de leg. 1. Pet. Fab. lib. 2. semester. 14.*

Quod

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso huiusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit, modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni adjectione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodo constet, cui legare aut quam rem legare testator voluerit. *l. demonstratio. 17. pr. & §. 1. l. falsa. 33. & l. seq. ff. de cond. & dem. §. huic proxima. 30. Inst. de legat.* Ratio est quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis. *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim. 34. ff. de cond. & dem.* Cæterum hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est, nisi quid aliud obstat legato præter falsitatem demonstrationis. Hoc autem observato facile removeri potuerunt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstat videntur. Nam primo si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiat, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti si testator ita dixerit, *centum quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit. *l. si servus 108. §. qui quinque. 10. ff. de legat. 1. l. 1. §. sed & si. 7. ff. de dot. præleg. junct. l. plane. 34. §. sed hoc ita. 4. ff. de legat. 1.* Prius enim est, ut sit, quod legetur, quam legatum valeat aut dici possit falsa demonstratione perimi. *l. quibus. 40. §. pen. ff. de cond. & dem. 2.* Si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit. *l. si sic legatum. 75. §. 1. de legat. 1. 3.* Eadem ratione inutile est & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile sit; licet nihil Titio debeatur: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat. *d. l. 75. §. 1. l. legavi. 25. sub. fin. ff. de lib. leg. 4.* Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in huiusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*. Constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest, ac proinde nec si falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. 5. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam. *d. l. 75. §. 2. d. l. legavi. 25. vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si heres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet. *l. 3. §. 3. ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum, si Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ hers det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones suas præstet. *§. tam autem. 21. Inst. de legat.* nullas vero habere aut prestare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. si sic*

si sic legatum. 75. §. 2. *de leg. 1.* breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet.* Postremo non obstat huic sententiæ, quod Papinianus respondisse scribit, falsam demonstrationem non facere legatum. *l. cum tale.* 72. §. ult. ff. *de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falsam demonstrationem facere legatum, sed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba disponentia, non demonstrantia. Itaque in specie illic a Papiniano proposita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, eique quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil. *Jul. Pac. cent. 6. quæst. 44.*

CAP. XXVIII.

An heres ob omisam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

LEGE duodecim tabularum, licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & molestiam æris alieni. *l. verbis legis.* 120. ff. *de verb. sign.* qua licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum judicia desituerentur, recusantibus scriptis heredibus nullo suo aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice expedire putetur supremæ hominum voluntates exitum habere. *l. 5. ff. testam. quemadm. aper.* visum est ex usu esse reipub. heredes justo aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo suprema judicia conservarentur. Id quod commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfectæ est, qua cautum, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum. *l. 1. ff. ad leg. Falcid. pr. Inst. eod.* Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hereditates, cautumque senatusconsulto Pegasiano, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur. §. *sed quia.* 5. *Inst. de fideic. hered.* Cujus senatusconsulti vim Justinianus postea transfudit in senatusconsultum Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hereditas, atque ex hoc eodem senatusconsulto quartam partem heres retineat. §. *sed quia stipulationes.* 7. *Inst. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre est in *l. coheredi.* 41. §. 3. ff. *de vulg. & pup. subst.* l. 2. §. ult. ff. *de jur. codicill.* l. *filiusfam.* 18. pr. *l. si a me.* 29. l. *in ratione.* 30. §. *tametsi.* 7. l. *lex Falcidia.* 47. §. 1. l. *Titia.* 86. ff. *ad leg. Falcid.* l. 2. l. 3. l. *mulier.* 22. §. 2. l. *patronisi.* 55. §. 2. l. *deducta.* 58. §. 3. ff. *ad senatusc. Trebell.* l. 1. l. *quanquam.* 10. & l. *seq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta est, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Porro lex Falcidia heredis potissimum causa lata fuit,

F f f f

ejus-

eiusdemque etiam gratia tracta ad fideicommissa hereditatis. *l. potest heres. 71. l. Titia. 86. in fin. ff. ad leg. Falcid. junct. §. sed quia. 5. Inst. de fideic. hered. cui consequens, ut nec testator testamento suo prohibere poterit, ne heres commodum Falcidia uteretur. l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. inde Neratius. 19. ff. ad senat. Trebell. l. si ut allegat. 11. C. ad leg. Falcid.*

Primus Justinianus Falcidia locum esse noluit, si testator expressim vetuerit heredem ea uti. *Nov. 1. c. 2. in fin. unde sumpta auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam heres, qui inventarium facere neglexisset, beneficio legis Falcidia privaretur. *l. ult. §. pen. C. de jur. delib. quod & repetit d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* Quæ Justiniani constitutiones occasionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidia prohibitionem & amissionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem testator possit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæstio ab illis mota non fuisset, si id, quod modo diximus & demonstravimus, observavissent, nunquam alio nomine veteribus quartam senatusconsulti appellatam, quam Falcidia. Ex eo enim didicissent appellatione Falcidia etiam quartam senatusconsulti contineri, nec improprie, ut illi, sed proprie, si usus proprietatem spectemus, non vocis. Ac proinde positis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expressim differentia constituitur inter quartam, quam heres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommissa hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum utramque quartam uno Falcidia nomine comprehendisse. Nunc vero tamen crebrius eo itum est, atque id passim usu receptum, ut etiam detractio quartæ senatusconsulti ex auctoritate *d. Nov. 1. c. 2.* expresse prohiberi possit propter communem rationem prohibitionis permixtæ, quæ hæc est, ut impleatur defuncti voluntas. *Gomez. lib. 1. resol. c. 5. n. 11. Clar. §. testamentum. quæst. 62. Mantica. lib. 7. de conject. ult. vol. tit. 11. & seq. Everh. in top. loc. 34. Gudelin. lib. 1. de jur. nov. c. 1. Perez. par. C. ad senat. Trebell. n. 20. Grot. lib. 2. introd. cap. 20. Gail. 2. obs. 138. n. 15. Groenew. de leg. abrog. ad d. auth. sed cum testator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. censere dicitur heredem non amittere quartam Trebelliani, & secundum hoc sæpissime judicatum est. *Clar. d. §. testamentum. quæst. 63. decis. Cur. Holland. 3. Gail. d. obs. n. 3. & 6. Mynsing. 3. obs. 60. Christin. vol. 1. decis. 317. & vol. 4. decis. 51. Perez. in Cod. de jur. delib. n. 14. Fach. 4. contr. 38. Groenew. ubi supra.* Quod profecto mirum est: nam & amissionis quartæ Falcidia ob non confectum inventarium eadem ratio est in herede fiduciario, quæ in herede Falcidio, violenta nimirum præsumptio fraudis & subtractionis rerum ab herede factæ, ob quam causam hanc pœnam cum luere vult Justinianus, *ποινὴν*, ut ipse loquitur, *τῆς ἐαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον.* quæ præsumptio proinde absoluta est, jurisque & de jure. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere, aut si tenetur, quod in confesso est, si non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis suæ & *παράδεισος* multetur: & alioqui liberam habebit grassandi in hereditate facultatem. Sed & in *d. Nov. 1. c. 1. in pr.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommissariis

missariis universalibus Justinianus agit, ad quos proinde & sequentia recte referuntur, & quod in *d. c. 2. §. 1. ejusd. Nov.* traditur de citatione fideicommissariorum, etiam ad universales, quorum præcipue interest, pertinet. At inquit leges correctoriæ non sunt extendendæ, odia restringenda, &c. Cur igitur inquam ex eo, quod Justinianus testatori permisit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam concessum esse testatori prohibere retentionem Trebellianicæ? Quinetiam ipsi DD. communiter post Glossam in & per text. *c. 5. Nov. 118* admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extensionem fieri posse ob identitatem, ut loquuntur rationis. *Gomez. ubi supra n. 11* & ibi citat. Denique nulla in proposito fit extensio, si veterum loquendi consuetudinem, ut ante probavimus, spectemus. Atque hæc sententia, refragante licet Diod. Tuld. *comm. ad Inst. tit. de legat. c. 3.* qui nec a testatore prohiberi posse quartæ senatusconsulti detractionem contendit, mihi verissima videtur: quam etiam sequitur. *Præf. Everh. d. loc. n. 5. Gudelin. d. c. 11. Charond. lib. 13. respons. 68. Ant. Fab. Cod. for. ad sen. Treb. defin. 5. & de jur. delib. defin. 23. Chacheranus decis. Pedemont. 147.* supra sexaginta Doctores hujus sententiæ assertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam nec his prohiberi potest deductio quartæ Trebelliani, per *l. 6. C. ad senat. Trebell.* In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. Primum quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l. 6.* quæ Zenonis est, cum ante constitutionem Justiniani in *d. Nov. 1. c. 2.* nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo quia illa exceptio non est de regula: nam respicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine iusta causa auferri potest: potest admissa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæstione sequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed cujusvis alterius heredis jure censetur, iis prohiberi possit, nullus dubito. Tertio quod solos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque, item fratres ac sorores consanguinei rogati hereditatem restituere turpi personæ. Postremo quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi heredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex professo. Plane si heres pure rogatus hereditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit excusari, eo quod ideo videatur omisisse confectionem inventarii, quia id onus jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori quæstio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? qui negant extraneum heredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris sit, hanc esse pœnam heredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eandem causam liberos non privati legitima longe pars maxima Interpretum pro comperto habet. *Gail. 2. obs. 138. n. 14. Fachin. lib. 4. controuv. c. 34. Christin. vol. 1. decis. 317. n. 6. & seqq. An. Fab. Cod. suo for. de jur. deliberand. defin. 23. & ad senat. Trebell. defin. 5.* ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere

F fff 2

negle-

neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit, *Salicet. in auth. sed cum testator. C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. si quis autem. n. 4. C. de jur. delib. Sarmient. lib. 2. select. interp. c. 7. Covar. in c. si heredes. 10. ext. de testam. Cacheran. decis. 148. a num. 1. usque ad 6. & inter alios quoque Cujac. in expos. d. Nov. 1. eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi: & veram esse ipse quoque existimo. Enim vero si quæstio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni *κλοπῆς & κακῆς γήματος*, quod hereditas fuerit solvendo, & si nihil surripuissent, *μηδὲν ἐκατέρωθεν*, quod legatis & fideicommissis exolutis satis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis superesse appareret: nescio an multi hoc negaturi sint: nam sane cum Justinianus in *d. Nov. 1. c. 2.* simpliciter & sine ulla heredum distinctione loquatur, eam ad heredes extraneos restringere difficile est. Quin idem Imperator in *l. ult. §. 1. §. 2. & §. sin vero. C. de jur. delib.* diserte loquitur tam de suis heredibus se immiscentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eandem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria substantia *πληρώσειν*, complere legatarios & fideicommissarios *d. Novell. 1. c. 2. §. 2. in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni sive Falcidiæ sive legitimæ? Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæduæ hic efficiunt: unde & ipsa legitima a Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus. 8. §. meminisse. 14. in fin. ff. de inoff. testam.* ut & ab ipso Justiniano in *l. quæ nuper. 31. C. de inoff. testam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. *Govean. lib. 2. var. lect. c. 1. Cujac. ad Nov. 18. c. 1.* Quid quod posita superiore *προλήπτει*, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, quæ obijciuntur: qualia quod legitima debeatur tantumquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen; quod non nisi ex causis, quæ de inofficioso querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non est debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. scimus. 36. §. 2. C. de inoff. testam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. descript.* & adita non confecto inventario hereditate confunduntur actiones, heresque quod sibi a defuncto debetur, amittit. *l. ult. §. in computatione. 9. C. de jur. delib.* nec querela datur, nisi præteritis aut exheredatis: denique nec ex causa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc sententiam defendimus, sed ex supradicta ratione legis præsumentis inventarium non facientes ipsos sibi satis prospexisse: nisi quis existimet, quod humanum videtur, hanc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per rei veritatem elidi possit, si forte ipsi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non esse solvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Trentl. vol. 2. disp. 12. thes. penult.**

CAP. XXIX.

Filius hereditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quia hic usu receptum?

VERISSIMA sententia est, filium hereditatem restituere jussum jure civili unica deductione sive legitimæ sive Trebellianæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est a ratione juris civilis, quod de duplici detractioe jure Pontificio cautum est in *c. Raynutius. & c. Raynaldus. ext. de testam.* Rationes hæ sunt. Primum quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur, & consequenter altera alteram consumat. *l. mulier. 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell. in l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quando. 35. §. 2. C. de inoff. testam. l. 8. §. si quis. 15. ff. eod. 2.* Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularium rerum, & simul legitimam filius heres institutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit: quanquam id tentat Zypæus apud *Christin. vol. 1. decis. 245. n. 12.* sed arg. juris in *d. c. Raynutius.* constituti. 3. Quia sic heres fideicommissarius non nisi semissem hereditatis, & nonnunquam etiam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & senatusconsultum cessant. *l. 1. §. pen. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus. 8. §. 9. 11. & §. si quis. 15. ff. de inoff. testam. 5.* Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum. *l. 1. ff. ad leg. Falcid. & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, de besse aut septunce. 6.* Per textus expressos in *l. coheredi. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupil. substit. l. 6. C. ad senat. Treb. l. liberto. 21. §. 2. ff. de ann. legat. l. filium 24. C. fam. ercisc. l. quanquam. 10. C. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante duntaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse Justinianus *Nov. 1. c. 1. §. 1.* satis aperte solius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, *Joan. Glossat. Cynus, Bart. Bald. Fulgos. Jason, &c.* ipsa que Glossa in *d. c. Raynutius,* & recentiores fere omnes, non modo Hottomannus *quæst. illustr. 4. Donnellus lib. 7. comm. c. ult. Bachov. ad Trentl. vol. 2. disp. 14. thes. 2.* sed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l. 1. ff. ad leg. Falcid. n. 9. & 10. Cujac 8. observ. 3. Gail. 2. obs. 121. n. 4. Ant. Fab. dec. 11. err. 7. & Cod. forens. de codicill. defin. 7. Tuldén in Cod. ad senat. Trebell. n. 4. Perez ad Cod. eod. tit. n. 11.* veram eam esse ultro fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium, excusent, quod secuti communem interpretum errorem secus constituerint. Pauci vero admodum sunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire constitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet And. Fachinæus *lib. 5. controuv. c. 2.* Cæterum ille in hoc ab aliis, *Anton. Contio lib. 1. disp. jur. civil. Peregrino tract. de fideicommiss. art. 3. n. 5.* discrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractioem legitimæ simul & Trebellianicæ non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantum defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet Justiniani *Nov. 39. c. 1.* cæteri vero quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam

Ffff 3

du-

dudum ad oſtis viris pleniffime confutata ſint, & noviffime a nobiliſſimo & cl. viro D. Jac. Maſtertio, Collega noſtro *lib. 2. de juſt. leg. Rom. c. 48.* nos eorum ſummam duntaxat colligemus, breviterque ſingulis reſpondebimus: deinde nobis reſerit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex ſenatuſconſulto, alteram alteri obefſe non oportere; quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed heres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tanquam a filio, Trebellianica tanquam ab herede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eundem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere. *l. ſi tutorem. 22. ff. de hiſ quæ ut indign.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio ex gemina deducendi cauſa concedatur. *l. quotiens. 67. ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l. 3. §. 2. ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ eſt, ut unum alterum excludat. *l. 34. ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid heres jure hereditario capit, quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur: in Trebellianicam de cujus detractiõne hic diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi. *l. in quartam. 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier. 22. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell.* ſicut & in legitimam. *l. 8. l. ſi quando 35. C. de inoff. teſt. §. ult. Inſt. eod.* Ad ſecundum reſpondemus ex *l. 8. §. ſi quis. 15. ff. de inoff. teſt. & l. 1. §. pen. ff. ſi cui plusquam per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet: & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud eſt, quod ajunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam: nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam ut a patre heres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l. 67. ff. ad leg. Falcid.* deduci, heredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in caſu *l. 3. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo, ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exheredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviffimis cauſis ea adimipoteſt. Solum autem verum debitum heres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & non niſi conſecto inventario ſecundum conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult. §. in computatiõne. 9. C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractiõne afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov. 39. c. 1.* ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei ſit detrahendi quartam ex auctoritate Senatuſconſulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere; quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hereditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hereditatis portionem contineri & legibus ſatiſfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit; ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filius ea vel

par-

parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommissio gravari potuerunt, quæ tamen portiones sunt hereditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur, *l. 32. C. de inoff. test.* non de eo, quod ex ipso jure hereditario exurgit, de quo vide *quest. 22. lib. I.* Quin potius ex illa ipsa *Nov. 39. c. I.* recte colligas, non posse filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum casus unus favorabilis, nempe si legitimæ deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam satis sit, quicquam deduci non permittitur. *auth. res quæ. C. comm. de legat.* Instat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommissio, nempe ut id intra bessellem consistat; cujus proinde delibatio ex senatusconsulto recte fiat: quippe quod non minus suffragetur partem restituere rogato, quam totum assem. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in coheredes distributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex testamento obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu est in casu proposito legitimam ex testamento, jureque hereditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii instituti legitima hereditatis pars est, quæ non absorbetur fideicommissio; quippe quod intra bessellem consistit, ut ipse fatetur Fachinæus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipsa a tota hereditate videbitur exclusus, quod nescio an quisquam adhuc dixerit. Non mover, quod dos filiæ hereditatem restituere rogatæ non imputetur, quoniam non est in hereditate patris, ut respondet Papinianus in *l. pater filiam. 14. ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum nostræ quæstionis attinet, lippis & tonsoribus notum est, jus illud duplicis detractionis, legitimæ scilicet & Trebellianicæ jure Canonico liberis universali fideicommissio gravatis concessum in foro & judiciis ubique receptum esse. Cæterum hæc adhuc incerta sunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommissio puro gravatis, quod statim restituendum est: an vero in gravatis fideicommissio conditionalis aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, And. Gailius *lib. 2. obs. 133. n. 4.* jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, restringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus. 6. C. ad senat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus heredibus institutis & hereditatem restituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani: quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertineat; quam sententiam etiam probasse videtur supremus Hollandiæ senatus *decis. 9.* expressè eam probavit *Curia Fris. apud Joann. a Sande lib. 4. tit. 7. defin. 6.* & Senatus Sabaudicæ. *Ant. Fab. C. forens. lib. 6. tit. 27. defin. 4.* Cæterum etsi vera quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, sive quos pater, ex quo nati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio est; cur non idem jus quod filio competit, summo filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet, idem

idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater in cuius locum successit, habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris sui, idque jure utroque & Canonico & civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda est illa modo memorata Zenonis constitutio. *Pet. de Bellapert. in d. l. jubemus* & plures alii allegati apud *Sande d. loc. defin. 6. Grav. 2. concl. 121. n. 6.* & ita censuit Curia Hollandiæ *decis. 17. sub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Glossæ in *l. 8. §. meminisse. 14. ff. de inoff. test.* distinguentis inter fideicommissum purum, quod illico restituendum est, & conditionale vel in diem, quod non statim in restitutionem venit: nempe priore casu filium unum tantum quadrantem, sive legitimum, sive Trebellianum deducere; posteriore utrumque legitimum statim, ut natura sibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate senatusconsulti: quam distinctionem Bartolus in *l. quanquam. 10. C. ad leg. Falc. & DD. comm. in l. 6. C. ad sen. Trebell.* secuti sunt, ut & *Covar. in d. c. Raynutius. Gail. 2. obs. 121.* & Senatus Sabaudicæ apud *Ant. Fab. cod. suo for. de codicill. defin. 7.* Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommissum purum est, una alteram impediat: cui & hanc addit *Ant. Faber*, non tamen ex sua, sed ex senatus Sabaudici sententia, quod eo casu dici non possit, utra prior deduci debeat. At cum sub conditione vel in diem filius gravatus est, statim ut filius deducit legitimam; sed demum existente conditione aut veniente die deducit Trebellianicam, non ut filius, sed ut quilibet heres extraneus hereditatem alteri restituere rogatus. Ego vero sæpe miratus sum hanc distinctionem cuiquam probari potuisse: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hereditatem restituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato sub conditione aut in diem, qui interim commodum hereditatis sentit, nec fructus perceptos quadranti senatusconsulti imputat. *l. 6. C. ad senat. Trebell.* Quamobrem recte consilium Mechliniense in arresto revisionis, rejecta illa Glossæ & Bartoli distinctione, censuit, liberos non minus pure, quam sub conditione aut in diem hereditatem restituere rogatos utrumque commodum deducere posse juxta *dd. cc. Raynutius, & Raynaldus.* in quam sententiam extat & arrestum præfecturæ Parisiensis apud *Ann. Robertum lib. 4. rer. jud. c. 17.* eamque & Curia Hollandiæ secuta est *decis. 17.* & Curia Frisiæ apud *Sande lib. 4. tit. 7. defin. 4.* De tertio quid statuendum sit, adhuc minus liquet. Equidem *Baldus lib. 2. cons. 94.* ex facto consultus respondit, ubi legitima portio pro numero liberorum est semis, non duplicem portionem, sed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hereditate capiat, qui eam restituere jussus est, quam is, cui ea est restituenda, plus is, qui gravatus est, quam qui honoratus. Baldum secutus est *Decius consil. 228. sub fin.* item *Covar. in d. c. Raynutius. §. 11. n. 6.* ubi ait Molinæum huic sententiæ subscribere *lib. 7. cons. 3.* Sed & usu ita servari videtur innuere *Anton. Faber. error. pragm. dec. 11. c. 9.* ubi asserit pragmaticos, sive legitima sit triens, sive semis pro numero liberorum, semper ita statuere, ut si quis ex liberis portionem, quam ab intestato habiturus esset, jussus sit restituere, hereditas æquis partibus inter heredem gravatum & fideicommissarium dividi debeat. Atque ita quoque supremum apud nos senatum aliquando judicasse accepi. Alii tamen contra statuunt, nempe liberos gravatos, quo casu legitima eorum semis est, deducere posse septuncem cum semuncia. *Cra-*

vett

vett. conf. 50. Cagnol. ad l. Papinianus. 8. §. meminisse. 24. ff. de inoff. testam. Thessaur. decis. Pedemont. 252. Joan. a Sande decis. Frisic. lib. 4. tit. 7. decis. 7. Fachin. lib. 5. contr. c. 3. ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & Grav. d. concl. 121. consid. 1. n. 2. & 3. qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Christian. vol. 1. decis. 245. n. 7. & decis. 315. in fin. quanquam nihil definit. Et posterior hæc sententia probabilior est, siue verba siue rationem constitutionis Pontificiæ in d. c. Raynutius. consideremus. Nam & sine ulla restrictione numeri liberorum gravatis duplicem deductionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrachere, quam quatuor aut pauciores, quam absurdum est iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos simul paulo plus, pro favore tam copiosæ sobolis, ex bonis parentum consequi, quam extraneum forte unum, cui restituenda hereditas. Sunt, qui & ad parentes id jus producant, ut & ipsis hereditatem rogatis restituere duas quartas detrachere liceat. vid. Vasq. tom. 2. de success. progress. lib. 3. §. 26. n. 6. Grav. d. concl. 121. consid. 2. n. 6. sed cur igitur non etiam ad fratres idem producant rogatos hereditatem restituere turpi personæ: nam & illi exheredati aut præteriti hoc casu de inofficioso agere possunt? vid. Gravett. conf. 10.

CAP. XXX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

QUÆSTIO hæc a multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitus excemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita non in stirpes successisse. l. 2. §. 2. ff. de suis & leg. her. nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in Codice l. pen. & l. ult. §. 3. C. de legit. hered. §. hoc etiam. 4. Inst. de leg. agn. Nec mirum, quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis suis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos; nisi prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege deferabatur hereditas. l. 2. §. legitima. 4. ff. de suis & leg. hered. §. 1. Inst. de leg. agn. success. quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus Nov. 118. c. 4. unde sumptæ authenticæ, quas Irnerius tit. C. de legit. her. inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in c. 3. d. Nov. 118. tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateralium, sublato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres sororesque germanos siue ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis; ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres,

Gggg

tam

tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis exclusisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios fororum honoraria. l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. ff. de suis & leg. her. l. 1. §. pen. ff. unde cogn. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quod si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam eriscisci. Hinc, inquam nata est proposita quaestio; Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thiis suis, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus e fratribus filios pauciores, unum forte aut duos, alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo; an vero in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius fatentur, posterius negant, & in hac quoque parte jus vetus a Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur; Qui jure repræsentationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere possint, quam is, cujus personam repræsentant, accepturus fuisset. §. cum filius. 6. Inst. de hered. quæ ad intest. At filii fratrum succedunt jure repræsentationis. Ergo &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem, si in sensu diviso, quod hic quaeritur, accipiatur, id est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in d. c. 3. Nov. 118. eo tantum casu filios fratrum jure repræsentationis succedere velle, quando concurrunt cum thiis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse, ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non sit, cum soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt una cum parentibus, quod fecit demum Nov. 127.

Secundo proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis suis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc est. Sed bene respondent sectatores Azonis duas hasce species certo jure distinctas esse. In linea recta descendantium nunquam proximitatem spectari, §. cum filius. & §. ult. Inst. de her. quæ ab intest. in linea transversa perpetuo & solam. Inst. de leg. agn. succ. in pr. & pr. Inst. de succ. cogn. l. 3. C. de leg. her. unde unum tantum illum casum, nempe

nempe cum fratrum filii cum thiis suis concurrunt, exceperit Justinianus. Denique & hoc vel maxime Accursius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos & avunculos, qui eodem gradu sunt, *d. c. 3. vers. quandoquidem*. Cui argumento respondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores: nec tamen inde sequatur eos hoc casu succedere jure repræsentationis, non magis quam si quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est, ergo jure repræsentationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant exclusis iis, qui eodem gradu, aut etiam proximiores sunt, si illorum jus sit potius: sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris, tanquam descendendum, quam patruorum, qui instar sunt ascendendum, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum propter duplex vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. *Hotom. illustr. quæst. c. 14. Zas. lib. 1. intellect. sing. c. 7.*

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententiæ, cui & ipse alibi acquiesco non improbabiler disputari videntur: sed vereor ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *d. Nov. 118. c. 3.* Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad successionem defuncti admisisset jure repræsentationis, ut scilicet locum patris sui obtinerent, & tantum consequerentur, quantum pater eorum habiturus fuisset: mox subjicit, *ὅθεν ἀκό λαιδόν ἐστιν*, unde consequens est, ut istorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi sint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex persona patris sui. Hinc enim consequens est, ut fratribus defuncti consanguineis tantum aut uterinis præferantur, sicuti pater eorum, si viveret iisdem præponeretur, ut ipse Imperator ibidem ait. At inde inquam ego & hoc consequens est, & sententiæ Justiniani conveniens, ut etsi defunctus nullos fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hosce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed repræsentationis: ac Proinde non in capita, sed in stirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in *d. c. 3. vers. quandoquidem igitur*. ait Justinianus ex eo, quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, *τοῖς το προνομίον* dedit, manifestum esse eos etiam thiis defuncti præponendos esse, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thiis defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem repræsentant, & cujus locum subeunt, ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Etenim omnino hic considerandum est, quod Justinianus, ut apparet ex tenore totius istius *c. 3. Nov. 118.* jus repræsentationis introduxit non ad hoc solum, ut filii fratrum possent concurrere & simul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, succedere: verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari sunt gradu, & alias obstarent, quominus illi soli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, a

G g g g 2

qui

quibus ipsi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres scilicet defuncti consanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi potest, quam quod filii fratrum, citra hanc repræsentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere possunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti consanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu sunt proximiores. Nec verum est, quod contrariæ sententiæ auctores ajunt fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: sed illud verum est, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum esse, ut vicem patrum suorum sustineant, & jure repræsentationis, quamvis uno gradu sint remotiores, tales thios suos excludant. Similiter & illud, quod ajunt successiones facilius descendere, quam ascendere, si juris nostri rationem spectes, falsum est in linea transversa: neque hanc novi juris a se constituti rationem affert Justinianus; sed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris sui succedere: quod etiam bene observavit Bachovius ad *Trentl. vol. 2. disp. 16. thes. 5. Ant. Faber in disp. forens. quam subjecit libello de var. nummar. debitor. solut.* Quamobrem ex sententia Justiniani sic omnino statuendum videtur, fratrum filios, sive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, sive vocentur ad exclusionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent, non alio jure ad hereditatem admitti, quam repræsentationis, nec in capita, sed in stirpes succedere. Quid vero si defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, sed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam in capita eos succedere debere: quippe cum ex propria persona venire possint; ac proinde non indigeant privilegio. Est enim jus repræsentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, nisi ex necessitate: quanquam ne hoc quidem concedant. Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, si isto, quem dixi, sensu quæstio proposita, utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant, accipiatur, haud gravate Azonis sententiæ subscribam: cum utique hic circa hunc casum a Justiniano mutatum esse doceri non possit. Atque hæc Cujacii quoque sententia est *parat. C. de legit. her.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus casibus in linea collateralis repræsentationi locum esse; item Fachinæi *lib. 6. controu. c. 3.* & Bronchorstii *cent. 3. assert. 69.* quæ etiam probata senatui Sabaudia. teste *Ant. Fabr. Cod. suo forens. de legit. hered. defin. 1.* Et eodem modo forte explicanda & limitanda constitutio Caroli Quinti, qua Azonis sententiam in comitiis Spirensibus confirmavit anno 1529. quod & Mynsingero visum arguunt, quæ scribit *cent. 3. obs. 94.* Postquam hæc scripseram, animadverti & hanc Græcorum esse sententiam ex Harmen. *lib. 5. tit. 8. n. 21.* ubi scribit. Si defuncto fratres non supersunt, sed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus, κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν αὐτῶν γίνεται ἡ κληρονομία τῶν τῶν, ὅσοι εἰσὶν, ἐξ ἑσῶν εἰς τὴν κληρονομίαν καλῶνται, per capita & in singulas eorum personas hereditas distribuitur, id est, quodquod sunt, ex æquis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in proposito nostrates utantur, cognosci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de success. ab intestato. Grot. lib. 2. introduct. c. 28.* Nobis in hisce quæstionibus propositum non fuit indicare semper, quid juris in quaque re legibus, aut moribus nostris observetur: & hoc forte aliis tadium afferret.

CAP.

CAP. XXXI.

An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum, discretio bonorum observanda? Et obiter, an observanda in successione adscendentium?

DEFICIENTIBUS intestato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Justinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, consanguineos & uterinos, *Nov. 118. c. 2. & 3.* qua constitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum a Leone & Anthemio *l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipso *l. ult. C. comm. de success. Nov. 84. c. 1. §. 2.* sancita sunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; sed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admissis simul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admissis, ut illi quoque excludant fratres defuncti consanguineos & uterinos, a quibus ipsi antea excludebantur. Quæsitum autem est, utrum hi fratres defuncti consanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa constitutione Justiniani succedant, an ita ut consanguinei bona paterna, uterini bona materna consequantur, sola autem aliunde quæsitæ æqualiter inter eos dividantur? Communis sententia est, in hac successione bona a patre profecta ad fratres consanguineos, a matre profecta ad solos uterinos pervenire. *Gomez. ad leg. Taur. 8. n. 8. Grass. §. successio ab intestato. quæst. 32. Forster. lib. 8. de succ. ab int. c. 8.* unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri: quam sententiam etiam amplexi sunt Cujacius in *expos. Nov. 84. Don. lib. 9. comm. 4. Gudelin. 2. de jur. noviss. 15.* Fundant autem hanc suam sententiam in *l. de emancipatis. 13. §. 2. C. de leg. hered.* Et sane negari non potest, quin Justinianus illic fratres omnes ad successionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos solo succedere vult, qui sunt ex eadem matre. Nam de solis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib. 6. contr. c. 5.* id accipi consuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, si dicamus illic agi de casu patris adhuc superstitis, quo propter usumfructum, quem pater habet, evidentior est bonorum distinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona a matre profecta solos ex illa constitutione vocari, qui sunt ex eadem matre exclusis fratribus consanguineis, quod Novella Justiniani *118. c. 3.* negant esse mutatum. Sed videamus an hoc quod dicant, verum sit. Equidem decisio hujus quæstionis non ex legibus Codicis, sed ex novissima illa Justiniani constitutione petenda est. Et nos contra intrepide asserimus etiam id, quod a Justiniano in *d. l. de emancipatis. §. 2. C. de legit. hered.* constitutum est, per *d. Nov. 118. c. 3.* esse abrogatum. Nusquam magis variant leges & constitutiones præsertim posteriorum Principum, quam circa jura successionum ab intestato, nec tantum circa ordinem descendentium, verum etiam adscendentium & lateralium, uti videre est *Inst. de her. quæ ab int. def. item de leg. agn. success. de senat. Tertull. & Orfic & ff. & C. eod. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success. l. 13. & ll. seqq. C. de legit. her. Nov. 84.*

Gggg 3

c. 1.

c. 1. & 2. &c. Justinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates intestatorum, & suas quoque ipsius constitutiones anteriores jussit cessare, *dey. d. Nov. 118. in pr.* eaque sola pro jure in posterum servari, quæ illic tandem de novo constituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæstio proposita decidatur. Quid igitur illic constituit Justinianus? Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & sorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per representationem succedere in universa bona defuncti fratris. Post hos secundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, sive per patrem, sive per matrem, & simpliciter item, ac sine ulla bonorum distinctione. Hac igitur constitutione abrogatur. *l. ult. C. comm. de success. Nov. 84. §. 1. & 2. cum simil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum a fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, sed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur duntaxat, hi etiam a parentibus excludantur, & demum post parentes, quos antea excludebant, & post fratres germanos, in quo solo nihil mutatur de illarum constitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum post fratrum germanorum filios, quibus ipsi ante hanc Justiniani Novellam præferebantur. In *l. de emancipatis. §. 2. C. de legit. her.* quæ posterior est *d. l. ult. C. comm. de success.* non tractatur simpliciter talis casus, quo fratres sibi invicem succedunt, verum quo succedunt fratri emancipato concurrente patre defuncti quoad usumfructum: hoc casu si emancipatus reliquerit bona materna in ea solos eos succedere vult Justinianus, qui sunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera inquam præter materna; ac proinde tam ea, quæ a patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere inquam tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati sunt, quam qui ex eodem: nam sub tota fraternitate comprehenduntur utique & consanguinei & uterini. Quo colore igitur interpretes ex hoc loco illud suum, paterna paternis materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipsum, quod circa eam speciem Justinianus ibi constituit, postea ab eo sublatum esse satis evidenter arguit *d. Nov. 118. c. 2. & 3. in pr.* Ubi cum post descendentes statim vocasset adscendentes defuncti proximos, & cum his simul ad hereditatem admisset fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus descendantibus & adscendentibus ex lateralibus primoloco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum distinctio est: & post hos secundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, sive per patrem solum, sive per matrem. Ex eo autem quod post fratres utrinque conjunctos simpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, consanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam similiter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris succedere debere, nec plus juris relinquere uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejusdem fratribus consanguineis, aut plus his, quam illis, in bonis profectis a patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, secundum quam successio fit in universa defuncti bona, pariterque ad successionem vocati æqualiter defunctum representant. Quando autem bona, licet a diversis parentibus profecta, semel alicui obvenerunt, unum fiunt & simplex ejusdem patrimonium insuper habita causa acquisitionis. Quod si bonorum origo & causa attendetur, consequens & rationis esset, ut etiam consanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut si

tan-

tantum sint bona paterna, nulla materna, uterinus a consanguineo excluderetur; & ex adverso, si nulla paterna, consanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, si causam acquisitionis & originem bonorum, non ipsum jus successionis, & propinquitatem succedentium consideremus, nihil operari potest duplicitas vinculi. Et ita in feudis consanguineum, ab utrinque conjuncto non excludi constat. Ita ex veteribus Fulgositius & Corneus in *auth. itaque. C. comm. de success.* ex recentioribus Petrus Barbosa ad *l. post dotem. 41. cum 2. seqq. n. 71. ff. solut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib. 6. contr. c. 5.* Bachovius ad *Trentl. vol. 2. disp. 16. thes. 4.* Iisdem rationibus evincitur, nec in successione adscendentium ullam bonorum discretionem faciendam esse, sed adscendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inspecta scilicet causa acquirendi, sed sola persona ejus, cui succeditur, ut recte post veteres allegatos a Mynsingero *lib. 6. obs. 55. n. 3.* Barbosa *d. loc. n. 67.* & Fachin. *d. lib. 6. c. 4.* docent: & consentiunt Forster. *lib. 7. c. 4. n. 2.* Grassi. §. *successio ab intestato. quæst. 22. n. 5.* quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic plane simili a nobis dissentiant: sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objicitur *l. 3. C. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum statuitur, ut nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus sc. paternus non maternus. Hæc porro sententia meruit & assensum Cameræ Imperialis testibus Mynsing. *ubi supra*, & Hart. *Hartm. pract. obs. tit. 42. obs. 3.* & Senatus Sabaudici teste Ant. Fabro *Cod. suo for. lib. 6. tit. 33. defn. 2.*

CAP. XXXII.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos suscepit?

MORTIS causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest. §. 1. *Inst. de donat. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti. *l. 1. ff. de donat. l. ubi ita. 27. ff. de mort. caus. donat.* quanquam tamen si præscivisset donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitude donatarii revocatio permissa, sed ob insignem duntaxat, & talem, quæ sceleris affinis sit aut conjuncta: nempe si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidiatur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositæ implere nolit. Ob has enim causas duntaxat donationem revocari permittit Justinianus in *l. ult. C. de revoc. donat.* Additur tamen a DD. & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator, tempore donationis *ἄπαις* illiberis, post donationem factam liberos suscepit, *arg. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario, putant tamen quorumque do-

donationes eodem illo jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis est, totiens quoque ipsa legis dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generalem esse juris, quod in *d. l. 8. C. de revoc. don.* constituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponeere voluisse. *arg. l. cum avus. 102. ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicom.* Unde porro eliciunt donationem factam ab eo qui liberos non habet, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei postea nati fuerint, donatum ad se revertatur: quippe, quem si de liberis cogitasset, donatorum non fuisse credi oporteat. *Gomez. lib. 2. var. resol. c. 4. n. 11. Clar. §. donatio. quest. 22. Cujac. lib. 20. obs. 5. Mynsing. lib. 5. obs. 63. & seq. late Tiraquel. in d. l. 8. C. de revoc. don. Tulden. in Cod. de rev. don. n. 3. Fachin. lib. 3. contr. c. 85.* quo jure & nos uti scribit *Grot. lib. 3. introduct. c. 2. adde Christin. vol. 4. decis. 192. Timæ. Fab. disp. anniv. 17. thes. 4.* Sed procul dubio in puncto juris verior est sententia eorum, qui asserunt in solo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atque hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens, &c.* Quod si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripissent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit, &c.* Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *l. sicut. 5. C. de oblig. & act. & contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non est extendenda.* Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse: quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas. *ff. de obseq. par. & patr. præst. & ff. de op. libert. qui patronum egentem liberosque patroni de suo alere tenetur. l. si quis. 5. §. solent. 18. ff. de agnosc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere, & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt. *Inst. de success. libert.* quem eandem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni constituta sunt. *§. 1. Inst. qui & ex quib. caus. man. §. 1. Inst. de hered. qual. & iniquum esset constitui in aliis.* Unde etiam est, quod vel neglectus obsequii in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum a patrono collatæ revocandæ. *l. 1. C. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis, non soli aut per se liberi a donatore postea suscepti, quis non videt propter eandem conditionem personæ in liberto donatario duntaxat hanc præsumptionem valere Principes voluisse, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro effectu donare; nimirum ut natis postea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propositum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non per-

pertinere. *l. si vero. 64. §. pen. ff. solut. matrim. l. quod constitutum. 21. ff. de testam. mil.* Et illud utique palam est, jure communi non sufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præsumatur, cum utriusque consensu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, aut conjecturas sectari, ubi verba legis aperta sunt ac clara, & sensum minime absurdum habent. Perperam vero ad præsentem casum trahitur, quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *l. cum acutissimi. 30. C. de fideicommiss.* affert Justinianus, neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre. Nam decisio *d. l. cum acutissimi.* tantum locum habet in testatore fideicommissio gravante unum ex progenie sua, cujus porro posterius & ipsi sint in familia testatoris, quod quomodo ad nostrum casum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & postea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos suscepit. Cui adde, quod dispositiones ultimæ ex solius testatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur, & revocantur. *l. in conditionibus. 19. ff. de cond. & dem. l. ex facto. 35. §. rerum. 3. ff. de hered. instit. l. si mihi. 12. in fin. ff. de legat. 1. secus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas spectanda, nec pœnitentia admittitur. l. non solum. 31. ff. de oblig. & act. l. sicut. 5. C. eod. & in quibus contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui & legem, quam vellet, claris verbis exprimere. l. veteribus. 39. ff. de pact. l. quidquid. ff. de verb. oblig. cum similib.* Similiter nostro casui adaptari nequit, quod Papinianus in *l. cum avus. 102. ff. de cond. & demonstr.* cum speciem proposuisset, ubi testator a nepote, quem ex parte heredem instituit, petit ut post mortem hereditatem restitueret patruo suo, respondet nepote liberis relictis mortuo defecisse conditionem fideicommissi ductus conjectura pietatis, ut ipse ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluisse in eum casum, quo liberi nepoti nascerentur, eo quod pietas suadeat, ut liberis potius relinquatur hereditas, quam aliis, utcunque testatori defuncto conjunctis (nam in casu *d. l. cum avus.* rogatus est nepos hereditatem restituere testatoris filio) nec credendum sit avum pro nepote id consilium cepisse, quod ipse nepos non nisi impie capturus erat, ut recte Ant. Faber *lib. 7. conject.* 14. Hoc vero longe diversum est a casu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & absolute quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de re donata reddenda absque expressa conventionione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. l. si unquam.* non tantum locum habet, si omnia bona, sed etiam si pars aliqua eorum donata sit. Est vero absurdissimum ob liberos donatori postea natos donationem partis alicujus bonorum cuicunque & a quocunque factam revocari; quippe quo admissio nemo nisi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem, *d. l. si unquam.* qui proinde de iis jam iterum libere disponere potest, & salva saltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoscunque velit, conferre. *l. 1. l. 2. & tot. tit. C. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici potest absurdius,

H h h h

post-

posteriores illi potiores erunt & præferuntur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & absolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri, quod vel solum argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porro simul concidunt objectiones sumptæ a miseratione liberorum, & injuria, quæ alias eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis est jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosa donationis *tit. C. de inoff. donat.* Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenus debitum liberis bonorum subsidium excedit. *l. si totas. 5. C. eod. tit.* Aliud remedium frustra quæris. Executiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos postea natos, tanquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non servaverit modo, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, id omisurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiunt, *c. ult. c. 17. quæst. 4.* ubi Divus Augustinus laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille ecclesiæ donaverat, *In potestate, inquit, habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Respondet Fachinæus *d. lib. 3. c. 86.* Constantinum non potuisse ligare ecclesiæ, quasi vero ecclesiæ exleges fuerint. Posset forte huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romana loquutus fuisset: quia jam tum scilicet a Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. distinct. 96.* Postremo de solis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in Codice Theodosiano *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Justiniano *eod. tit.* interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante imperium Justiniani, eoque modo eandem constitutionem accepit Harmenop. *lib. 3. tit. 2.* item Azo in *summ.* & plerique Neoterico- rum, *Comm. lib. 5. comm. c. 10. Ant. Fab. lib. 7. conject. c. 14 & 15. Donell. ad d. l. si unquam. Bachov. ad Treutl. disp. de donat. thes. 7. lit. E. Coras lib. 7. miscell. c. 30. Hotom. lib. 1. respons. amic. c. 12.* ubi levicula quædam removel, quæ a Cujacio obijciuntur ex *l. cum tale. 72. §. 1. ff. de cond. & demonstr. & l. 1. C. de revoc. donat.* quasi quæ ibi constituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed sit ita, quædam quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto: inde tamen non efficitur etiam in quæ- stione proposita eandem liberti & extranei rationem esse, cum in plerisque aliis longe sit diversa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum est, in persona donatoris patroni, non debeat produci ad consequentias. *l. quod vero. 14. & l. seq. ff. de legib.*

CAP. XXXIII.

An per querelam inofficiosa donationis tota revocetur donatio?

QUERELA inofficiosa donationis species quædam est revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficiosi testamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficiosa instructæ sunt. *l. 1. l. si mater. 7. C. de inoff. donat.* Nimirum exhausto immodica donatione patrimonio querela inofficiosi testamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, siue donator eos heredes instituat, siue intestatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen heredum: nec querela datur nisi præteritis aut exheredatis. *pr. Inst. de inoff. testam.* Sed & si alium heredem donator instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti aut exheredati quicquam consequantur præter nomen inane heredum. *l. 3. C. eod. tit.* Atque hinc est, quod inofficiosa donationes instructæ dicuntur ad querelam inofficiosi testamenti eludendam, excludendam, intervertendam. *l. 1. l. si mater. 7. C. eod. l. Titia. 87. §. Imperator. 3. ff. de legat. 2.* Cum igitur inofficiosa donationes excogitatae essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occursum est oportuno remedio, quo immodicæ hujusmodi donationes revocarentur, constituta in eam rem querela inofficiosa donationis ad exemplum & similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu est dicere. Nam cum ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti hæc revocatio introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi testamenti rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges subjectæ titulo *C. de inoff. donat.* hanc comparisonem continent. Est quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficiosi testamenti impugnatur ultima dispositio & injuria exheredationis vindicatur; hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipsis heredibus, quamvis solo nomine, sed hoc parum ad rem præsentem facere videri potest cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non esse, quam immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis existimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac sententia & loci nonnulli aliunde petiti, præsertim ab Ant. Fab. *lib. 3. conject. 17.* Et primum, quod apud Ulpianum *l. si libertus. 16. ff. de jur. patron.* legimus, si libertus se minorem centenario in fraudem legis fecerit, in totum non valere quod actum est: unde colligunt etiam donationem inofficiosam, quæ & ipsa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari *2. l. cum res. 4. C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia sua bona donasset Luciano, eaque defuncta relicto filio, Lucianus bona sibi donata & tradita emisset a filio herede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodesse posse Luciano ad defensionem, *ne (filius) exemplo inofficiosi testamenti possit hæc avocare*, quæ verba videntur manifeste ostendere filium immodicam donationem

H h h h 2

nem

nem a matre factam in solidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri potest, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata*. Cæterum hæc ad decisionem hujus quæstionis non satis momenti habent. Nam dici potest comparationem illam utriusque querelæ non absolute, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus scilicet una & similis utriusque causa est, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitude: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta*, cominodè sic accipiuntur, omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela disposuerunt, vel pro omnibus, quibus concessa querela inofficiosi testamenti: ut illud discrimen adhuc maneat, quod licet testamentum inofficiosum in totum rescindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat; idque hac ratione, quia testamentum inofficiosum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur: at donatio inofficiosa non facit, quo minus iidem donatori heredes sint, qui sine donatione futuri erant. *l. 4. C. de contr. empt.* sed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri essent, puta portionem saltem legitimam.

Sed & comparatio inofficiosa donationis, & donationis factæ a liberto in fraudem legis & patroni dici potest claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, sed illam liberti in totum: quia libertus donando se minorem faciens centenario facit omni ex parte in fraudem legis *d. l. si libertus. 16. ff. de jur. patron.* Inofficiosa autem donationem hætenus, quatenus dodrantem aut bellēm (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipso jure non valere. *d. l. si libertus.* hanc etiam qua parte inofficiosa est, ipso jure valere ab initio, sed instituta querela quatenus inofficiosa est, rescindi. *tot. tit. de inoff. donat.* Ad decisionem quoque quæstionis propositæ non multum facit *d. l. 4. C. de contr. empt.* quoniam ibi alia quæstio principaliter tractatur, nec est necesse, ut propter id, quod in fine constitutionis dicitur, filium non posse hæc avocare, dicamus alias eum dona omnia, quæ donata sunt, posse avocare. Constat rescripti sententia, si alias quædam avocare potuisset: nec verba respuunt hanc interpretationem, quod scilicet hoc sentiant Imperatores, usque ad eam partem, quam alias avocare posset filius. Luciano emptionem prodesse, nempe ut ex emptionis causa etiam trientem retinere possit, quem ex causa donationis retinere non poterat. Majorem speciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano rescripsisse Paulus in *l. Titia Sejo. 87. §. 3. de legat. 2.* memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari: quod non nisi de dimidia totius, quod donatum est, capi posse videtur: cui consequens est, si in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in solidum.

Sed tamen ego huic sententiæ acquiescere non possum: & magis puto ex causa inofficiosa donationis non totum revocari quod donatum est: sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens, non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod gestum est, sed quod illicite gestum est duntaxat. *l. placuit. 29. ff. de usur. l. sancimus. 34. C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inu-

inutile non vitari. *l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. oblig. C. utile. de reg. jur. in 6.*
 2. Quia alias in casu donationis omnium bonorum, aut ejusmodi partis, quæ legitimam minuat, supervacanea esset constitutio *l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* quoniam certum est jure veteri liberis sive tempore donationis jam natis sive postea editis hanc querelam competuisse. 3. Probatur hæc sententia textu expresso in *l. 2. C. de inoff. donat.* ubi donatio immensa in filium in potestate constitutum collata hætenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ eriscundæ quarta pars debitæ ab intestato portionis sorori ejus præstetur incolumis. Respondet Ant. Faber vim oppositionis duorum casuum, quorum uno donatio in filium facta. Collata, altero in emancipatum, in hoc sitam esse, quod priore casu legitima tantum, posteriore totum revocetur. Sed hoc prorsus commentitium est, vel quia priore potius casu donatio ex ratione juris nulla & invalida in solidum revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipso textu apparet, in hoc oppositio consistit, quod priore casu remedio ordinario, posteriore extraordinario quærela inofficiosa donationis revocetur: utroque autem casu usque ad legitimam. 4. Per *l. si totas. 5. C. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necesse est relinqui liberis non ingratiss ad submovendam inofficiosa querelam. Respondet Ant. Faber donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoque initio inspecto donationem non fuisse inofficiosa. Quid tum postea? Nonne satis est donationem postea propter alios liberos susceptos inofficiosa fieri, ut liberi queri possint? De cujus querelæ natura sic est, ut donatio in solidum revocetur, etiam hoc casu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. si mater. 7. C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod gestum est, revocari ajunt, sed disertis verbis, quod immoderate gestum est. Respondet Ant. Faber totum revocari quod immoderate gestum est, non quatenus immoderate gestum est: quod est apertum *τοδισμὸν* in craque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda est explicatio *l. Titia Sejo. 87. §. 3. ff. de legat. 2.* ubi eadem plane species proponitur & deciditur, quæ in hac *l. si mater.* excepto eo, quod illic avi in unum e duobus nepotibus totum patrimonium suum effudisse proponitur, hic mater in unum e duobus filiis. Igitur quemadmodum hic non dimidium totius, quod donatum est, sed dimidium ejus, quod illicite donatum est, revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *d. l. si mater.* explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficiosa testamenti querelam adversus agentem sufficeret: ita etiam illic, nempe in *d. l. Titia Sejo. §. 3.* dimidiam partem accipere debemus partem dimidiam ejus, quod immoderate gestum est, non omnium bonorum, sed portionis legitimæ utrique scilicet debitæ, eoque facit & *Novell 92.* cujus speciem ex Harmenopulo ponit Cujacius *lib. 5. observ. 14. 6.* Facit huc optimus textus in *l. si liqueat. 8. in fin. pr. C. de inoff. donat.* ubi expresse dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum est diminui. Respondet Anton. Faber intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam: fingitque in casu illic proposito matrem quatuor reliquisse liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Imperatores, *ad instar inofficiosa testamenti convicti*, illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *l. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficiosa testamenti dicitur liberis adversus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita sunt illud ipsum, quod in *l. 5. C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum subsidium. Non me

H h h h 3

latet

latet plerisque ita distinguere, ut si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tunc tota revocetur: si sine consilio fraudandi, pro parte tantum: si in aliquem ex liberis indistincte pro parte duntaxat; eamque distinctionem iudiciis & consuetudine publica probari, testibus *Sichard. in l. 1. n. 4. C. de inoff. donat. Gomez. 2. var. resolut. 4. n. 13. Covar. pract. quæst. 19. n. 12.* Cæterum juri scripto consentaneam non esse patet ex *d. l. 1. ubi extranei & liberi eodem jure censeantur.* Nec vero persona accipientis donationem inofficiosam facit: sed profusa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & consilium fraudandi habuerit. *d. l. 1. l. 7. C. eod.*

CAP XXXIV.

An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?

MORTIS causa donatio est, quæ propter mortis fit suspensionem: veluti cum quid metu mortis vel ex præsentis vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosa peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si pestis grassetur, &c. *l. 2. Et aliquot seqq. l. senatus. 35. §. mortis. 4. ff. de mort. caus. donat.* Cæterum an propter mortis suspensionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est: nec enim sufficit ad hanc donationem a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaravit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioquin non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur. *l. Seja. 42. §. 1. in fin. ff. de mort. caus. donat.* Quin etiam extra suspensionem alicujus periculi, & a sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur sola cogitatione mortalitatis. *d. l. 2. Et d. l. senatus. §. 4.* Sed itidem verbis hoc declarandum est, ne alias donatio pro pura & simplici habeatur. In omni autem mortis causa donatione, se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult: & ut verbo dicam, se potius habere vult, quam eum, cui donat; illum deinde potius, quam heredem suum. *d. l. senatus. §. 2. eod.* Atque hæc ratio est, cur hanc donationem revocare liceat, secus atque donationem inter vivos, quippe in qua qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quam se habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, poenitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur. *l. mortis causa. 19. l. si mortis. 29. Et l. seq. ff. eod. §. 1. Inst. de donat. l. non omnis. 19. ff. de reb. cred.* quanquam conventionem effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus. *l. si alienam. 13. in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæsitum est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit *Bart. post Gloss. in l. ubi ita donatur. 7. ff. eod. Clar. §. donatio. quæst. 4. Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 4. n. 22. Schneid. in §. 1. Inst. de donat. n. 3. Et 4. Fachin. lib. 5. c. 23. Tuldén. C. de mort. caus. donat. n. 3. Perez. ibid. n. 12. Bachov. ad Trentl. vol. 2. disp. 19. thes.* Etenim cum

ex

ex sententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l. 2. ff. eod.* ex mortis causa donatione vel non statim transeat dominium, vel transeat sub tacita conditione, ut scilicet non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit insecuta *l. non videtur. 32. ff. eodem.* mortis causa donatio dici non potest, per quam pure & absolute omnique jure revocandi excluso dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis causa, donator se primum cogitet, & ipse rem habere malit, quam donatarium. *l. 1. l. senatus. 35. §. 2. ff. eodem.* mortis causa donationi non potest adscribi illud genus, in quo donator solum spectat donatarium, & illum potius, quam se habere vult: nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere potest. Unde etiam plus quam manifestum est, hic deficere partem aliquam donationis causa mortis substantialem, & ideo in aliam donationis speciem rem transire, quidquid in contrarium disputet Ant. Faber *decis. 45. err. 1.* Imo nec potest ullo modo videri mortis causa, id est, propter mortem & periculum imminens donatum esse, cujus revocandi facultatem omnem sibi donator ademit. Et hoc est, quod Marcianus responso suo significat in *l. ubi ita. 27. ff. eod.* cum ait, *ubi ita donator mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *causa donationis magis est, quam mortis causa donatio:* id est, in ejusmodi donatione mors est potius causa impulsiva & occasio donandi, quam causa finalis seu *τὸ ἑννεύον.* Unde inferi perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte ostendunt Marcianum hanc quoque donationem pro specie donationis inter vivos agnoscere. Denique quia talis donatio, ut & cæteræ inter vivos, nullam similitudinem cum legatis habet. *§. 2. Inst. de donat.* hinc porro inferi, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis causa secus se habet. *l. 9. in fin. cum l. seq. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. caus.* Frustra autem huic sententiæ objicitur *l. si alienam. 13. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* ubi Marcellus notat in mortis causa donationibus etiam facti quæstiones esse: posse sic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, & ut reddatur etiam si prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed & sic posse, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui accepit, decesserit: denique sic quoque posse, ut nullo casu sit ejus repetitio, id est, nec si convaluerit quidem donator; quod totidem & iisdem verbis etiam apud Paulum relatum *l. senatus. 35. §. 4. ff. eod.* Nam Jurisconsulti illic proponunt diversos casus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocatur aut non revocatur mortis causa donatio secus atque si nulla lex adjecta fuisset, salvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim saltem casus manere debet, quo revocari hæc donatio possit, & dici donationis consistit. Quid vero respondebimus ad *Nov. 87. in præfat. & c. 1.* Justiniano esse nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix esse, ut ea in foro ad decisionem causæ allegari possit: quanquam a recentioribus inserta est. Sed respondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *d. c. 1. d. Novell. 87.* satisclare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita aut absoluta ex omni causa: sed ex una duntaxat, nempe ex causa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis causis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio

donatio facta, aut si durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Nos autem hic disputamus, cujus generis donatio habenda sit, cum quis mortis causa se donare dicit ea lege simpliciter & absolute adjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse, nisi κατὰ τὸ λέγουσιν.

CAP. XXXV.

An dissensio in causis dandi & accipiendi impediatur dominii translationem?

NIHIL tam conveniens est aquirati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione. 9. §. 3. ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem. 40. Inst. de rer. divis.* quippe cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter. *l. in re. 21. C. mandat.* Caterum, ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; primum, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit. &c. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat. *l. si procurator. 35. ff. de acq. rer. dom. & arg. l. si per errorem. 15. ff. de jurisdict.* Ajo in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli, *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. l. nunquam. 31. ff. de acq. rer. dom.* Nec dicat quisquam hoc requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, arg. *l. Campanus. 47. ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc solummodo locum habet, cum res consulto data est. *l. cujus per errorem. 53. ff. de reg. jur.* Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum solutum sit.

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstat, quo minus dominium transferatur. Et siquidem vel in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri; verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam accipias: aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa: hic inquam certum est dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus. *l. in omnibus. 55. ff. de oblig. & act.* Ac talis species est, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. si ego pecuniam. 18. §. 1. ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Jurisconsultus de nummorum dominio aut de extantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempe extantes nummos posse vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non est. *l. rogasti. 11. §. ult. ff. d. tit. §. ult. Inst. quib. alien. lic.* sed quia de consumptis dubitari poterat, respondet eo casu locum esse

esse conditioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra superiore specie contingat, ut is a quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo defuerit possidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo defuit possidere. *l. qui petitorio. 36. ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubie conditionem sine causa, cum nullum negotium inter tam aperte dissentientes contrahi manifestum sit. Addit Jurisconsultus *sine doli exceptione*. Respicens nimirum ad speciem initio *d. l. si ego pecuniam*. propositam, ubi nummis consumptis ita conditione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat; eo quod secundum voluntatem dantis consumpti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie: & merito. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi consumpti sint secundum voluntatem dantis, ut sit, cum quasi mutui dati sunt; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur, semper cum repetentur certum est non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit; sed maxime secundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim vero si utrinque subesse exstimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puta traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire: sic enim generaliter definit Julianus in *l. cum in corpus. 36. ff. de acquir. rer. dom.* Videtur tamen a Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quasi donaturus tu quasi mutuam accepisti. *d. l. si ego pecuniam. 18. pr. ff. de reb. cred.* Primum negat Ulpianus hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait nec mutuam esse: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem Ulpianus addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cum in corpus acquirendum consentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. l. cum in corpus. de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. l. si ego pecuniam. pr.* Sunt, qui hoc dissidium componi posse negant. Et sane vix ferri potest, quod *Alciat. lib. 5. parerg. 15. Zasius in d. l. si ego. n. 7. & seqq. Bronchorst. 2. assert. 21. Pac. 3. enant. quæst. 67.* ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diversas in iis proponi species: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud Julianum eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam; apud Ulpianum, quasi mutuo datam a tradente: pecuniam creditam apud Julianum sic interpretantes, non quasi creditam a tradente sive mutuam datam accipienti, sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitam nunc solvi. Utrique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam & accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi nunc cre-

Iiii

ditam

ditam tibi accipias: non potest autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non sit profecta, qui eam non das, sed a me, qui eam tibi trado. Ego enim is sum, qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita esse postea dicitur, a me quoque credita, id est, tibi mutuo data intelligi debet. Quamquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etsi demus non esse id exemplum, quod diximus; tamen definitio generalis posita in *d. l. cum in corpus*. satis id exemplum & similia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit: quod utique etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quasi mutuam accipis: quoniam & hic in eo consentitur, ut proprietas, id est, dominium *l. 13. ff. de acq. rer. dom.* transeat in accipientem, licet ille hoc animo sit, ut parem summam quandoque restituat. Neque video quid intersit, utrum conventio aliqua de donando sive vera sive opinione tradentis præcesserit, an statim & actum nulla conventionem præcedente donandi causa pecuniam tradiderit, eaque quasi mutua accepta sit: neque enim minus hoc quam illo casu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert Connanus *lib. 3. comment. c. 17.* & Donnellus ad *d. l. si ego pecuniam*. nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati posse interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiler, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud est capere. 71. ff. de verb. signif. l. non videtur. § 1. de reg. jur. l. cum quis. 38. §. qui hominem. 3. ff. de solut.* compare videlicet, & respectu acquisitionis rei, quæ ex causa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inspecto initio, quia proprietas eorum statim transfertur, cujus rei hic effectus est, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem posteriore modo verba Ulpiani capienda esse propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta nobis ultro suppeditat, *cum alia opinione acceperit*: quippe qui donatum sibi tanquam mutuam accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Unde apparet Jurisconsultum, licet his verbis, *magisque nummos accipientis non fieri*, videatur respondere de dominio, vi tamen ipsa respondere de repetitione, nempe etsi fiant quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, si tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quasi mutuam accipias, nummos, etiamsi adhuc extent, vindicari non posse? Ajo enim vero, hoc enim necessario consequitur posita dominii nummorum translatione. Neque contrarium est, quod Ulpianus in *d. l. si ego pecuniam*. scribit, *Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis nummi consumpti*. Nam inde non recte colligas, si nummi adhuc extant, eos vindicari posse; sed hoc tantum, posse eo casu condici sine metu exceptionis: cum si consumpti fuerint, licet condictio perseveret, ea tamen non noceat accipienti, cum possit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod secundum voluntatem ejus consumpti sunt. Perinde ergo est, ac si dixisset, licet nummi condici possint, sive extent, sive consumpti sint: hoc tamen interesse, quod consumptis nummis condictio sit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici potest, ac ne quidem de consumptis

post

post revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes possunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec consumpti efficaciter condici, quia consumpti secundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extant, conditio erit efficax, eosque mutata ante consumptionem voluntate repetens nulla exceptione summoverti poterit. Locus autem hic erit conditioni sine causa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt sine ea causa, ob quam vel dati vel accepti sunt, conditionem sine causa inde nasci necesse est, si dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum est. *l. 1. in fin. ff. de condict. sin. caus.*

CAP. XXXVI.

*Possitne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur:
& quænam sint istæ species?*

VARIIS variis modis definire conati sunt, quid sit possessio: sed nimium scrupulosi fuerunt, & plerique in hisce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλολοῦσιν appellat, quasi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longissime recesserunt a more & exemplo veterum Jurisconsultorum, qui in quærenda & conficienda accurata possessionis definitione noluerunt nimis esse soliti. Utique Paulus noster in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua descriptione, cum possessionem vocat κατοχήν, id est, detentionem. Ait autem porro possessionem dictam esse a sedibus, quasi positionem sedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior est hæc lectio, quam vulgata illa accursii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Possessio appellata est a pedibus, quasi pedum positio.* nam possessio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Possidet ergo, qui sedes posuit: nec a grammatica notatione id abhorret, *possessio, positio sedium.* Grammatici tamen possessionem derivant a verbo *sedeo* juncta particula *pos*, aut *potis*, *pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos, compos, possum*, quasi *pos* vel *potis* sum; & *possidere* quasi *posse federe*. Qui enim possidet agrum, is ingredi, discedere, redire, item sedere & tenere potest. Atque hæc ipsa derivatio Jurisconsultis improbari non potest, qui & possessionem acquirere nos posse ajunt, si ejus rei, quæ ante oculos nostros posita est, apprehendendæ potestas nobis fiat, et si eam manu aut pedibus non attigerimus, *l. 1. §. si jusserim. 21. ff. de acq. poss. l. quod meo. 18. §. 2. eod.* & possessionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & potestatem redeundi, insistenti, atque insidendi habemus. *l. 6. §. ult. & l. seq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occasione disputant de vi argumenti ab etymologia sive notatione, & contra a nomine sumpti, sive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen, & notationem intercedit. Sed hæc disputatio cum non sit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda est. Illud certum est, etymologiam aptiorem esse ad explicandum, quam ad probandum. Est enim, ut Galenus ait *lib. 2. de decret.* Hipocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων, quamvis, ut quibusdam placet, sit ἐξηγητὴς δεινός, interpret idoneus. Notandum porro est, interdum possessionis verbo proprietatem significari. *l. interdum. 78. ff. de verb. sign. καὶ τὴν εἰδίαν.* Cicero in *paradox.* *Dives est, cui tanta possessio est, ut liberaliter possit vivere.* tanta possessio, id est tanta

substantia, tantæ facultates. Sed maximæ de rebus soli seu prædiis dicitur. Cicero *orat. 1. in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam possessiones habent.* apud nostros passim. *l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. quasitum. 12. pr. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. 3. ff. de extraord. cogn. l. 6. l. 15. Cod. de rei vind. l. 2. C. de probat. l. 8. C. de compens.* &c. eadem scilicet significatione, qua apud Græcos κτήμα, aut Ποῖτας κτεαρ. Denique & illud notandum, possessionis verbum interdum abusive usurpari pro usucapione, forte ideo, quia possessionis civilis proprius hic effectus est, ut eam suo tempore sequatur usucapio. Ita usurpatur id verbum in *l. denique. 19. ff. ex quib. caus. major. l. ait prator. 23. §. 1. eod. l. possessio. 20. ff. de usucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* non definivit possessionem, sed post allatum etymon nuda descriptione contentus dixit esse κατοχην. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes species complecti debet, easque multas habet possessio, cum alia sit civilis, alia naturalis; alia iusta, alia iniusta; alia corpore, alia jure constans; de quibus speciebus mox ex professo: maluerunt olim peritissimi homines a definitione possessionis abstinere. Accursius in *l. stipulatio. 38. §. hæc quoque. 5. ff. de verb. obligat.* ait eos ausos non fuisse possessionem definire. Quid ergo? An non potest dari plena & perfecta possessionis definitio, quæ species ejus omnes complectatur, atque, ut in scholis loquuntur, quæ cum suo definito reciprocetur? Ajo enim vero: nam quod difficile est, non utique & impossibile. Quam orbem, ut mori publico satisfiat, eam hoc modo definio; Possessio est rei corporalis detentio, cui inest affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam possidere, quippe cum is etiam teneat, qui sine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in possessione locum habet, juncta esse debet cum affectione & voluntate tenendi. *l. qui jure. 41. ff. de acq. poss.* qua de causa etiam tenet furiosus, non tamen possidet. *l. 1. §. 3. & §. ideo. 10. ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera est, puta cum is, qui possidet, per se & corpore suo, non per alium possidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum possideo corpore alieno & animo meo, vel simul corpore & animo alieno. *l. 3. §. ceterum. 12. ff. eod.* unde orta divisio possessionis in eam, quæ jure, & eam quæ corpore consistit. *l. nemo. 10. C. eod.* Sequitur, rei corporalis, quia res incorporales natura sua possessionem non recipiunt. *l. si ædes. 32. §. 1. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. si viam. 27. ff. de usuc. l. servus. 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri potest, nisi corpus: & possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quasi possessio. *l. ait prator. 23. §. 2. ex quib. caus. maj. l. si qui s. diuturno. 10. ff. si serv. vind. l. 3. §. pen. unde vi. & interdicta constituta de servitutibus, quæ sunt res incorporales, quasi possessoria. l. ult. ff. de servit. d. l. 3. §. pen. ff. unde vi.* quæ causa est, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχην, sed χεῖρην. Et recte igitur Theophilus *Inst. de interd. 1041,* inquit, ἐστὶ σωματικὴ πρᾶγματος κατοχή. At male illi, qui ita distinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo possideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim est illas vere & proprie possideri, has non item. Vox quasi nota est improprietas.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis possessoribus vacuæ: hoc enim qui addunt, putant rem eandem a pluribus in solidum possideri non posse: quod an verum

verum sit, merito dubites propter *l. 3. pr. ff. uti possid. l. 6. §. 1. ff. de acq. poss. l. sciendum. 15. §. 3. ff. qui satisf. cog. cum similib.* Utique diversi generis possessio penes duos esse potest, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem. *l. servi. 16. ff. de usuc. l. qui pignori. 36. §. 1. seq. ff. de acq. poss. l. si pignus. 37. ff. de pign. act.* sed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Postremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere speciem possessionis duntaxat pertineret, quæ civilis est, & ad usucapionem prodest. Nos vero omnes possessionis species definitione nostra complecti volumus: aperte autem duæ species possessionis constituuntur, quarum altera sit cum animo & opinione domini, altera non item. *l. 7. §. 4. ff. comm. divid. l. quæcumque. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. si servus. 22. §. 1. ff. de nox. act.* Is, cui ea mente possessio tradita est, ut eam postea restituat, possidet, quamvis affectu domini rem non tenet. *l. si quis. 17. §. 1. in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ possessionis causa res apud sequestrem deposita sit, sequester possidet. *l. interesse. 39. ff. de acq. poss.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus §. 4. *Inst. per quas pers. cuicq. acq.* ita definit possessionem, *τομή ἐστὶ τὸ ψυχῇ δεσπόζον, οὐ νέμεται δ' αὖ*, non est credendum eum in genere possessionem definire voluisse, sed eam duntaxat speciem, quæ civilis dicitur, accomodata scilicet definitione ad verba textus Justinianei. Nam cum dixisset Imperator bonæ fidei possessorem usucapto servo per eum ex omnibus caulis acquirere, mox subjicit, fructuarium usucapere non posse, addita etiam hac ratione, quia non possidet: quem tamen constat naturaliter possidere. *l. 12. ff. de acq. poss.* Videamus nunc quotuplex sit possessio.

Prima & principalis divisio possessionis hæc sit, quod alia civilis est, alia naturalis. Civiliter possidet, qui animo & cogitatione domini possidet iusta ex causa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter possidere, quia hæc possessio ei prodest ad civilem usucapionis effectum: atque ad hanc speciem tantum pertinet definitio illa Theophili supra relata. Hæc possessio sæpe absolute & *κατ' ἐξοχὴν* possessio dicitur, ut cæteri, quibus possessio ad usucapionem non prodest, hoc respectu interdum dicantur non possidere. *§. de iis autem. 4. vers. fructuarius vero. Inst. per quas pers. cuicque acq.* sed potius esse in possessione. *§. 5. Inst. de interd. l. 6. §. 2. ff. de precar. l. 9. ff. de rei vind. l. 8. ff. commod.* Naturaliter possidet, qui injuste, aut absque animo & affectu domini possidet. Divisio hæc petita est ex *l. 1. §. de jicetur. 9. §. seq. ff. de vi & vi arm. l. cum heredes. 23. §. 2. §. 1. seq. de acq. poss. l. 2. §. 1. ff. pro hered. l. 3. §. ult. l. tigni. 7. §. 1. ff. ad exhib. l. quæcumque. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 7. §. neque. 11. ff. comm. divid.*

Civilis possessio semper iusta esse debet: naturalis modo injusta est *l. si eum. 26. pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. quod uxor. 16. ff. de acq. poss. l. 1. §. 9. §. 10. ff. unde vi. l. 7. §. 4. ff. comm. div. modo iusta l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 12. ff. de acq. poss. l. si servus. 22. §. 1. ff. de nox. act. d. l. 7. §. 4. comm. div.* & qui ita possident, interdum & bona fide possidere dicuntur *l. si pignore. 22. §. 2. ff. de pign. act.* sed tunc bonæ fidei possessor non intelligitur is, qui civiliter possidet, sed qui iuste, licet non ex causa, ex qua dominium transire solet, ut in *d. l. 13. §. 1. de publ. in rem act. & d. l. 22. §. 1. ff. de noxal. act.* At in materia usucapionis alio significato dicitur bonæ fidei possessor, nempe is, qui civiliter possidet ad civilem usucapionis effectum. Sed & qui injuste, hoc est, sine titulo possidet, si illæsam habeat rei alienæ, quam possidet, conscientiam, forte quod in jure errans se dominum factum putet, bona fide possidere dicendus est, quamvis usucapio ei non

procedat *l. ubi lex*. 24. *l. si fur*. 32. §. 1. *ff. de usucap.* nam quæ possessio propter defectum tituli injusta est, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda est, arg. *l. fructus*. 45. *ff. de usur.* Interpretes vulgo civilem possessionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æstimare solent, sed minus recte: quanquam non tam crasse disputant, ut civilem existiment per discessum demum existere, sed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri, naturalem autem solam amitti, vel potius modum possidendi mutari, quippe corpore tenere aut animo, non tam esse species possessionis quam modos possidendi. *l. 3. §. Nerva*. 13. *ff. de acq. poss.* ubi hætenus res possideri dicitur; quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Hinc vero apparet divisionem possessionis in justam & in injustam non esse divisionem primam, sed subdivisionem. Item non omnem possessionem injustam esse malæ fidei. Denique nec omnem naturalem esse injustam, neque omnem, quæ justa est, esse civilem.

Porro eorum, qui naturaliter possident, est & hæc subdistingtio, quod aut sibi suove nomine possident veluti quod prædo, aut quod conjux a conjuge sibi donatum possidet aut quod fructuarius, licet hic absit animus dominantis. *l. fructuarius*. 21. *ff. quemad. serv. am.* Et hujusmodi possessoribus etiam remedia possessoria dantur. *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm.* *l. 3. §. 13. eod.* aut nomine alieno: quomodo possident, quicumque nostro nomine in possessione sunt. *l. generaliter*. 9. *l. quod meo*. 18. *ff. de acq. poss. §. possidere. Inst. de interd.* *l. 2. §. 1. de act. empt.* *l. 7 §. item si duo*. 8. *& §. neque*. 11. *ff. comm. divid.*

Rursus alia est possessio, quæ jure, alia, quæ corpore constat. *l. nemo*. 10. *C. de acq. hered.* quæ divisio locum habet tam in civili, quam in naturali possessione. Civilis possessio corpore consistit, cum ipse per se possidet, qui est in conditione usucapiendi. Jure eadem constat, cum per alium possidet, ut in *l. 1. §. per eum*. 8. *l. 3. §. cæterum*. 12. *l. quod meo*. 18. *l. qui pignoris*. 36. *ff. eod. l. servi*. 16. *ff. de usucap.* Naturalis possessio corpore constat, cum is, qui naturaliter possidet, per se possidet, non per alium: eadem jure consistit, veluti si rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, possessio creditoris, quæ naturalis est, jure constat. *l. si rem*. 29. *l. si quis*. 36. *& l. seq. ff. de pign. act.* *l. res pignoris*. 37. *ff. de acq. poss.*

In possessione, quæ jure constat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur. *l. ait prætor*. 23. §. 3. *ff. ex quib. caus. maj. l. in bello*. 12. §. 3. *ff. de capt. & postl. rev.* Hinc est, quod hæc possessio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, sed & juris esse. *l. possessio*. 49. *pr. & §. 1. ff. de acq. poss.* At possessio, quæ corpore constat, facti magis est, quam juris, *l. 1. §. furiosus*. 3. *& seq. ff. eod.* id est, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet. *l. denique*. 19. *ff. ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili. *d. l. denique. l. ait prætor*. 23. §. 1. *ff. ex quib. caus. maj. l. cum heredes*. 23. §. 1. *ff. de acq. poss. l. in bello*. 12. §. 2. *ff. de capt. & postl. rev.* ubi Marcelli sententia non distinguens rejicitur approbata Juliani. Illud notandum est, possessionem, quæ corpore constat, aliquando appellari naturalem; quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed & corpore possidere, ut in *l. ea que*. 53. *ff. de acq. rer. dom. l. 1. pr. & §. 1. l. 3. §. 3. & 13. l. 23. pr. & §. 1. ff. de acq. poss. siue corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur Marcellus in l. qui bona*. 19. §. 1. *ff. eod.* Certe quod

quod *d. l. 23. pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *d. l. §. 1.* dicitur corporaliter mitti, ita ut hæc lubinde promiscue sumantur, naturaliter possidere & corporaliter. Et hoc sensu si accipias naturalem possessionem, potest utique talis possessio simul etiam civilis esse, ut ex locis allegatis apparet: & tunc possessio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam esse possessionem civilem, aliam naturalem (quæ civilis oppositio est in *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 24. ff. de acq. poss. l. si eum. 26. ff. de donat. int. vir. & ux. cum similib.*) tunc possessio naturalis longe aliud est, nempe a possessio, quam quis habet sine titulo, aut opinione domini; & propterea ex adverso opponitur civili possessioni, ut hæc duæ species simul eodem tempore concurrere & eandem esse non possint: quamvis possint, ut duæ diversæ possessiones in eadem esse persona, ut unus & idem possideat civiliter & naturaliter, uti in specie *l. qui pignoris. 36. ff. de acq. poss.* ubi idem & civiliter possidet, & præcario, id est, naturaliter. *add. l. 29. §. 35. §. 1. l. 37. ff. de pign. act. junct. l. 16. ff. de usucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis possessionis significatio omnes, quotquot vidi, interpretes coniecit in varios errores & perplexas disputationes. Vasquius ex hujus rei ignorantia putavit, ut primævo dominium rerum acquisitum fuisse possessione naturali, quæ civili oppositur. *lib. 2. controv. c. 57. n. 21. & seqq.*

Non obstat his divisionibus, quod tituli ff. & C. concepti sunt de acquirenda possessione, quasi hinc efficiatur unam esse duntaxat & simplicem possessionem. Nam et si genus plures habet sub se species, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 2. §. genera. 21. in fin. ff. eod.* unum dicitur esse genus possessionis, non ideo negari potest esse sub hoc genere diversas species. Et possessio ibi confertur cum titulis & causis possidendi, quæ cum valde multæ sint & variæ, earum respectu unum esse genus possidendi dicitur, species, quo nomine Jurisconsultus illic intelligit causas & titulos, infinitæ. Sed & alias non semper genus & species significatione dialectica a nostris usurpantur. *l. 4. §. 1. ff. de vulg. & pup. subj. l. Thais. 41. §. item quæro. 8. ff. de fideic. libert.*

Alio & plane diverso respectu ac sensu dicitur aliquis pleno jure possidere, nempe qui plenum jus dominii habet. *l. 1. C. de revoc. donat. Bald. in l. femina. 3. §. illud etiam. C. de sec. nupt. Mindun. de nat. poss. c. 7. n. 9.* Itaque cæteri, qui domini non sunt, etsi civiliter & bona fide iustoque titulo possident, non tamen dici possunt pleno jure possidere. Sed ea species possessionis, quam dominus pleno jure habet, & quam causalem appellare possumus, huc non pertinet, non magis quam usufructus causalis aut causales servitutes ad argumenta de usufructu aut de servitutibus prædiorum.

CAP. XXXVII.

An in eo, quod interest, æstimando etiam lucratio habeatur?

VERBUM hoc interesse in jure nostro dupliciter usurari solet, uno modo generaliter pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 1. ff. solut. matrim. l. servo. 65. §. 2. ff. ad senat. Trebell. l. interest. 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. ff. de serv. export.*
l. pa-

*l. pater filie. 71. ff. de evict. l. § heredis. 21. §. ult. ff. de pact. cum similib. altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit, ob damnum acceptum aut lucrum amissum; de quo solo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis: nec tantum rem ipsam principalem, sed etiam æstimationem ejus excludit. l. 1. §. considerandum. 20. ff. de tut. § rat. distrab. Unde recte infert Molinæus tract. de eo, quod interest. remittentem damna & interesse, non censeremittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod interest, genera constituuntur: conventum, quod sit pœna nomine ejus, quod interest, promissa: singulare, quod ex privata affectione æstimetur: & commune, quod æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc quando nihil interest. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig. & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur; sed ex eo, quanti communiter omnibus valent. l. pretia regum. 63. ff. ad leg. Falcid. l. si servum. 33. ff. ad leg. Aquil. Bene vero sic id, quod interest, vulgo definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit. l. si commissa. 13. ff. rat. rem hab. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof. Ergo ut quid nostra interit, hinc pendet, si quid amissimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est; quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus quod interest, taxatione partes essent judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angulum coarctare, sicut ipse loquitur in *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Ait quoad possibile est: absolute enim id definiri nequit: quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad judicis potestatem, quam ad juris definitionem pertinet. *l. ordine. 15. in fin. pr. ff. ad municipal. l. 1. §. quorum. 4. in fin. ff. ad senat. Turpil.* Distinxit ergo Justinianus casus certos a casibus incertis: in illis vetuit id quod interest, dupli quantitatem excedere: in his totum iussit præstari, quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura, vel speciem certumve corpus. Proinde si v. c. venditor aut locator ob id quod rem aut usum rei non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest: apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus quod interest, præstatio petitione continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur: quales sunt stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum: maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto surrepta ea re, quæ certo die sub pœna debebatur: in summa actiones omnes quibus indemnitas principaliter petitur. *l. 13 §. 1. ff. de re jud. l. si pœnam. 68. l. stipulationes. 72. l. ubi autem. 75. §. ubi autem. 7. ff. de verb. oblig. l. si procuratorem. 8. §. mandati. 6. ff. mand. l. 1. ff. de tut. § rat. distr. l. 2. ff. de neg. gest. l.***

ait

ait lex. 21. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. non solum. 41. ff. de vi & de vi arm. l. inficiando 67. §. 1. ff. de furt. In his igitur omnibus tantum, quantum revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxta veterum sententiam, quam & Justinianus comprobavit, in eo quod interest æstimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur. l. 2. in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. si fundus. 33. vers. nam & si ff. locat. l. si commissa. 13. ff. rat. rem hab. exempla in l. proinde 22. & l. seq. ff. ad leg. Aquil. l. si mulier. 21. §. 3. & 4. ff. de act. rer. amot. l. si procurator. 18. ff. rat. rem hab. Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo, quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in speciem respondisse videntur: nam quidam sunt loci, quibus lucrum ab eo quod interest, diserte removetur, ut in l. si sterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Proculus ait. 26. ff. de damn. infect. l. 1. §. sicut autem. 21. ff. de aq. pluv. arc. l. is cui. 71. §. 1. ff. de furt. Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod interest, sed lucrum, quod aut circa rem non consistit (extrinsecum vulgo vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita esse quivis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesein accommodatur, animadvertet. Paulus in d. l. si sterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt. excludit lucrum: sed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quam si emptor triticum emerit, & ob eam rem quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem consistit. Idem responsum esto ad d. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. cui adde l. venditor. 21. vers. pretium enim ff. de her. vend. In d. l. Proculus. 26. ff. de damn. infect. damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habebatur quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur: nec lucrum absolute, sed veluti lucrum appellatur. Simile est, quod in d. l. 1. §. sicut autem. 21. de aq. pluv. arcend. Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluvie arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non profit, veluti si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic profit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere, etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur. l. cum eo. 9. ff. de serv. præd. urb. l. sicut. 8. §. Aristo. 5. ff. si serv. vind. l. si in meo. 21. ff. de aq. pluv. arc. In l. si is cui. 71. §. 1. ff. de furt. non definitur tamen interesse, sed cuius inter sit in actione furti: ubi recte dicitur ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus: quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam si res nostra surrepta est, & est aperte damnum, sive aliena, cujus custodiam debemus; & idem est si ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat, cumve possidendo quærat, id ex re aliena non honeste captatur. add. Cont. tract. de eo quod int. c. 3. & 4. Alciat. in comment. ad d. l. in C. de sent. quæ pro eo quod int. c. ult. Donell. c. 10.

CAP. XXXVIII.

Num in taxatione ejus quod interest, id omne, quod actor consequi potuit, neque consecutus est, sine exceptione aestimetur?

JUSTINIANUS sic ex veterum sententia constituit, Damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abest, præstetur. *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit, non venire, quæ extra rem sit. *l. si sterilis. 2. §. 3. ff. de act. empt.* Id vero hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præstato eo, quod debebatur, quasi ablit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde: ac proinde duas utilitates hinc removemus. 1. si quid habere ex re petitor potuit, sed ita ut etiam potuerit non habere. 2. si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium: quia incertum fuit, an caperentur. *l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. 3. ff. de leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem, & aucupium. Plane si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem. *l. si jactum. 12. ff. de act. empt.* nempe jactu retis vendito non tam ipse jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi. per *l. 1. ff. de usur. Molin. tract. de eo quod int. n. 81. & seqq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum: non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit. *l. si sterilis. 21. §. 3. ff. de act. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. junct. l. venditor. 21. vers. pretium enim. ff. de her. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci & circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibi que adjunctam habet, licet extrinsecus veniant, meritoque Molinæus *d. tract. n. 13.* Doctorem distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui heres institutus venditus & traditus erat, evictus est, placet etiam ob hereditatem amissam ex empto agi posse. *l. 8. ff. de evict.* quia hereditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid paretur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *l. proinde. 22. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. in hac stipulatione.*

tione. 28. ff. de damn. infect. Circa rem autem non consistit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur. *l. sterilis* 21. §. 3. ff. de act. empt. *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Eiusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distraherentur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurrit nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. l. si sterilis* 21. §. 3. ff. de act. empt. etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solum, sed etiam in lucro prolatis iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani est in *l. 2. §. ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus usque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere (quamquam temere & perperam) statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis quam actor consequi potuit, etiam si ea circa rem non consistat, præterquam in venditione; idque sine distinctione rerum aut adjectionis loci, aliæve circumstantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitum esse rationem: quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur Ulpianus in *d. l. 2. §. ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna vel pignoribus, & ob id quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissæ sit, aut pignora distracta. At quamorbem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem retulisse. *Cont. in schol. ad d. l. un. c. 4. in fin. Perez. ad Cod. d. tit. n. 18.* Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili, ut bene *Molin. n. 97. & seq. Donel. c. 11.* contra Bartolum & plerosque alios interpretes. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, verum etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si ereditori expediat personæ adjectæ eoque tempore solvi, propter ejusdem generis utilitates, ut diserte Papinianus in *l. liber homo* 118. §. ult. ff. de verb. oblig. & Ulpianus *l. si fundus* 114. ff. eod. *l. 4. pr. ff. quod cert. loc.* Enimvero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æstimabitur, sed ea tantum, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. l. 2. §. ult. quid si mercis solebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligitur, ut eam utilitatem consequatur actor, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis si alibi soluta esset pecunia, actor consecutus esset, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum mihi aut Titio dari, non omne æstimabitur, quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio solvi: puta ne si Titio solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur. *d. l. liber homo* 118. §. ult. de verb. oblig. At sicubi alias expedierit mihi pecuniam solvi, id in æstimationem non venit; quia hoc actum non est. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas

K k k k z

inter

intervenerit *d. l. si fundus. 114. de verb. oblig. d. l. 4. pr. quod. cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit ut non solum damni, sed etiam lucri ratio haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æstimabitur. *d. l. 2. in fin. ff. quod. cert. loc.* parem enim esse damni facti & lucri amissi rationem supra effectum est. Illud interest, quod in damno persona distinguitur: nam stulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amissum est, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit ad eam spem & cogitationem voluisse loci adjunctionem referre. Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit. *d. l. 2. §. ult. in fin.* Recte nempe hic si lucrum factum non est, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est. Pluribus hæc exequitur Donnellus in *d. l. 2. §. ult. & d. c. 11. circa fin. add. Mant. lib. 10. de tac. & ambig. conv. tit. 7. n. 7. & ibi alleg.*

CAP. XXXIX.

*An interdictum seu judicium possessorium recte cumuletur cum petitorio
sive rei vindicatione?*

CONCURRERE plures actiones dupliciter dici possunt, elective sive distinctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ consumantur. *§. cæterum. 5. Inst. quod cum eo qui in al. pot. l. pro socio. 38. §. 1. ff. pro soc. l. eligere. 9. §. 1. ff. de trib. act. l. in duobus. 28. §. 4. ff. de jurejur. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obl. & act. & cumulative sive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram consumat: qui verus est concursus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandiratio est, ut utraque simul & eodem tempore uti liceat, quod fit quando diversarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diversæ sententiæ ferendæ. *l. 11. ff. de jurisd. l. & hæc distinctio. 35. §. 1. ff. locat. l. 9. §. 1. ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt *l. 32. ff. de obl. & act. l. 2. §. 1. & 2. ff. de priv. delict. l. nunquam. 130. ff. de reg. jur.* Interdum hæc, ut non simul omnes, sed singulæ seorsum & in diversis judiciis exerceri debeant, quod fit quando plures conjunctim competunt ejusdem rei nomine. *l. 43. §. 1. ff. de reg. jur. d. l. 9. §. 1. ff. de trib. act. l. cum filius. 76. §. variis. 8. ff. de legat. 2. l. plura delicta. 53. ff. de oblig. & act.* quam tamen distinctionem nunc ad amissum non examino. Sed & aliquando una e concurrentibus pendente altera interim inhibetur: idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret, quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti. *l. 7. §. 1. de condict. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & servitutis, sed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat. *l. fundum. 16. ff. de except.* Vel propter ordinationem judicii ipsamque procedendi rationem, quomodo dici potest concurrere interdictum sive judicium possessorium cum rei vindicatione seu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad constitutionem judicii petitorii prius possessorium terminatum esse*

esse oportet. §. *retinendæ*. *Inst. de interdict.* Quæstio autem proposita in eo vertitur, an judicium possessorium cum petitorio sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat, hoc est, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque simul dictetur, de utroque simul cognoscatur, unaque sententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæstio in interdictis adipiscendæ & recuperandæ possessionis: a multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *cap. pastoralis*. & *ibi late Gloss. ext. de caus. poss. & propr.* Nos in hac quæstione probamus sententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari posse, sed prius de possessione, deinde de proprietate distinctis judiciis esse cognoscendum, contra doctrinam Petri, qui omne possessorium cum petitorio cumulari posse contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ possessionis. Etenim ut possessio nihil commune habet cum proprietate. *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acq. poss.* & ut sunt plane hæc res dissimiles *l. 14. §. ult. ff. de except. rei jud.* cum possessio sit facti, dominium juris. *l. 1. §. 3. l. cum heredes. 23. ff. eod. l. denique. 19. ff. ex quib. caus. major.* ita etiam duas actiones non modo distinctas, sed etiam insociabiles pariunt, dominium rei vindicationem. *l. in rem. 23. ff. de rei vind. §. 1. Inst. de action.* possessio actionem in personam seu interdictum. *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus distinctis judiciis hæc tractanda sunt: cum actiones contrariæ & incomparabiles cumulari nunquam possint. *l. 1. C. de furt. cum ibi not. l. 16. C. de inoff. test. Ant. Fab. C. suo for. tit. unde vi. defn. 8.* Placet autem possessionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de causa proprietatis ab eodem iudice cognosci. *l. ordinarii. 13. C. de rei vind. l. 3. C. de interdict. l. exitus. 35. ff. de acq. poss. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, nisi prius iudex de possessione iudicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod & diserte traditum est in *l. 1. C. de appellat.* Quod si utramque controverfiam & possessionis & simul proprietatis eodem iudicio cognosci, & terminari volumus, res erit inexplicabilis & exitum reperire iudicium non poterit. *d. l. exitus. 35. ff. de acq. poss. l. inter litigantes. 62. ff. de jud. l. liberis. 7. §. ult. ff. de lib. caus.* quippe cum ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente, qui hic reus est, petat. §. *retinendæ. 4. Inst. de interdict. d. l. inter. 62. ff. de judic.* At si iudex de utroque simul cognoscat, sententiam ferre non poterit, quæ iudicii exitus est. Nam in petitorio jubetur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse. *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo possessorem, quem ignorat, absolvet? Ignorat autem quamdiu pendet causa possessionis. Quod si prius de possessione judicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio iudicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admisit, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti si quis de fundi possessione dejectus experietur interdicto unde vi, & idem se fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hereditiarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque iudicium posse concurrere, ut quis & interdicto experietur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, & simul iudicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est, generalis enim hæc sententia est tradita in *d. l. ordinarii. 13.*

C. de rei vind. possessionis quæstionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis etiam de possessione quæritur: ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expresse quoque cautum est. *l. 1. C. de appellat. l. si de vi. 37. ff. de judic.* Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter e litigatoribus pro possessore haberi & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto iudicatum sit: hoc autem non constituto non potest petitoria actio institui. *l. inter. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inst. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscat: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest. *l. non videtur. 22. ff. de acq. poss.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciscendam possessionem actionem habet, perinde habetur quasi possideret. *l. si quis vi. 17. pr. ff. eod. l. is qui. 15. ff. de reg. jur. l. id apud. 143. ff. de verb. sign.* Proinde si ve is revera possidet, bene est, si ve non possidet, tamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia iudicis: quod si iudex ante omnia non fecerit, iuste ab eo provocabitur. *l. 1. C. de appellat.* Sed etsi juris auctoritate destitueremur, non aliter tamen respondere possemus propter horum iudiciorum contrariam conditionem & finem. Iudicii possessorii finis hic est, ut qui eo experitur, possessor iudicatus commodo possessionis fruatur: petitori hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in se suspiciat, quæ cum sint pugnancia, nisi prius de possessione iudicatum sit, res exitum habere non potest. *d. l. inter litigantes. 62. ff. de judic. §. retinendæ. Inst. de interdict.* Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debeat, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla possessorii utilitas esse potest, cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi possumus. Adde quod sic injuria sit possidenti, cui ob eam causam & appellare licitum. *l. 1. C. de appellat.* Quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate iudicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuntietur, illinc pro reo, ut is declaratur dominus, exhibet forma sententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus. ext. de caus. poss. & propriet.* merito irrita a Donello in *l. 3. n. 8. Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum est, ut iudex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum esse negant, ne illi ipsi sunt valde ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem iudex cognoscens petitori, qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus sit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. cum fundum. 18. §. ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim

enim negamus, quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato, interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquires, is qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis. *auth. qui semel. C. quom. & quand. jud. sent.* Respondeo, qui interdicto de possessione experitur, pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea litem partes sustinere petitoris, ac se commodum possessoris frui vult, id quod jure postulat, cum sit possessor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiasse possessioni videatur. *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acq. poss.* Mirum autem in modum huic sententiæ ob stare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ sententiæ auctores præcipue nituntur, quasi illic Jurisconsultus aperte diceret judicium petitorium & possessorium diversis quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum judicati finem sufficere, ut ad utrumque pro sit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci istius interpretatio, cujus simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque semel sententia judicis terminatam esse; nec debere eam sententiam apud eundem judicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariæ sententiæ quod & Ant. Mattheus in *disput. ad. l. ordinarii. C. de rei vind.* observavit. Nihil etiam adversus sententiam nostram facit locus Justiniani in *Nov. 4 c. 2. vers. contra principales.* ubi licentia datur creditoribus adversus principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utraque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria: nam in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariæ: de qua illic Justinianus, nihil est præposterum, ut contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ sibi ex contractu aliquo debeantur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cujus possessio penes debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediatur: sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, judex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat; non conjunctim, ut & solvat & pignus restituat; cum solutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipse, sed etiam pignus liberetur. *l. in omnibus. 43. ff. de solut. cum similib.* Alia urget Cujacius *lib. 25. obs. 34.* ubi sic argumentatur, Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti possideris, cur non & ab initio utrumque conungere? Sed inquam non sequitur, mutari actio potest, aut interim dum de alia re disputatur, omitti, ergo cum altera simul jungi & dictari potest: quoniam mutatio nihil habet incommodi *l. 3. C. de edend. conjunctio & cumulatio plurimum, ut supra probatum est.* Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remisisti:* ergo ita potest utraque actio conjungi possessoria & petitoria, *Tu non possides, sed ego; & ut tu possideas, rem meam esse ajo.* Sed mala & hæc Cujacii collectio est. Nam si reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione, nihil præposterum facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est, ut prius de sua intentione doceat actor deinde ad probationem

nem exceptionis tantisper dilatam admittatur reus. *l. 8. l. 9. C. de except.* Sed nec quod reo, cui non semper sui defendendi facultas *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut scilicet pluribus defensionibus aut exceptionibus simul & eodem tempore uti possit. *l. 5. l. 8. ff. de except. l. nemo. 43. de reg. jur.* id continuo & auctori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus simul experiatur, ut jam evicimus. Destinanti rem petere suadet Gajus, ut videat dum interdicto aliquo possessio- nem nancisci queat, quo eam nactus in adversarium transferat onus petitoris. *l. is qui. 24. ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, potest nihilominus experiari interdicto uti possidetis. *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acq. poss.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio seu conjunctio utriusque judicii. Nam his Jurisconsulti verbis, *non denegatur interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc significatur, posse utrumque judicium cumulari, unaque terminari sententia, ut male putat *Fachin. 8. contr. 6.* sed posse eum, qui vindicare cœpit, omisso tantisper petitorio, & interim dum de possessione, suspenso & dilato, interdicto experiari. *l. cum fundum. 18. §. ult. ff. de vi & de vi arm. ibi pendente judicio.* Cæterum ex converso pendente judicio pos- sessorio, petitoria actio institui non potest, quia prius possessionis causam decidi oportet, quam ad causam proprietatis veniatur. Plane si quis dum animadvertit in pe- titorio se melius fundatum esse, possessorio renuntiare & ad causam proprietatis transire velit, non est dubitandum, quin id ei concedendum sit: nec sententia lata in possessorio præjudicium ullum petitorio facit. *l. 14. §. uk. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re discrepat a jure civili, quod Innocen- tius Tertius male intellexit, deceptus *l. cum fundum 18. §. 1. ff. de vi & de vi arm.* ut apparet ex *c. pastoralis. ext. de caus. poss. & propr.* ubi eodem judicio & interdicto recu- perandæ seu adipiscendæ possessionis, & simul actione in rem experiari permittit, ci- tato dicto juris civilis loco: aliis possessoriis judiciis, ut ipse loquitur, in suo robore duraturis, quæ vindicationem dominii sui natura præcedunt, qui & Martini & com- munis error fuit. Sic idem Pontifex in *c. Raynutius. ext. de testam.* secutus est com- munem errorem de duarum quartarum detractio. Apud eundem *c. cum dilectus. de caus. poss. & propriet.* habes deridiculam illam sententiam, quam supra explosimus: add. Donellum & Gifanium ad *l. 3. C. de interdict.* Papon. lib. 8. tit. 12. arrest. 4. Cha- rond. 4. resp. 28.

C A P X L.

Exceptio divisionis qualis sit & quando proponenda?

PLURES fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ debitæ in solidum singulos teneri, si- ve id nominatim convenerit, si- ve non convenerit, explorati juris est. *§. si plures. 4. Inst. de fidejuss. l. 3. C. eod.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promitt. 99.* unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Recte enim valgo recepta hæc sententia est, eam consti- tutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum si- cut solidum verbis, ita re quoque promississe videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens

ne

ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Divi Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *d. §. 4. Inst. de fidejuss. l. si plures. 27. ff. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, verum etiam cæteris accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt. *l. ult. C. de pecun. constit.* Locus autem est huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cum plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocatus Leydenfis Tobias ex Alto (insignis aliqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantum fidejussor est, nempe ut actio inter reum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit, sed egregie confutatur textu *l. si plures. 27. §. ult. ff. de fidejuss.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expresse convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominus hoc beneficium gaudebunt, cum etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur; nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat; postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur. *l. 3. C. de fidejuss.* & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert Papon. *l. 10. t. 4. arrest. 23.* Cæterum non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum licet ejusdem summæ, fidejussores actio non dividitur. *l. si plures. 27. §. ult. l. si a Titio. 43. ff. eod.* Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui simul tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt. *l. 1. §. nunc tractemus. 10. & seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. si plures. 38. & ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. c. 39. n. 149.* Datur & plurium tutorum fidejussoribus. *l. 6. l. 7. ff. de fidejuss.* & *nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur. *l. ult. ff. rem pup. salv. for. ubi & ratio.* Enimvero in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure sed ope exceptionis. *l. inter fidejussores. 26. ff. de fidejuss.* Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin & si quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur, quod utrumque secus se habere ostendit *d. l. inter fidejussores. & l. si testamento. 49. §. 1. ff. eod.* Porro duæ sunt conditiones sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse: inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit. *l. si dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* Altera est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur. *§. si plures Instit. l. inter eos. 51. §. 1. ff. eod.* Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit,

d cæteris qui solvendo sunt, non prodesse: deinde si omnes tempore litis contestatæ solvendo fuerint, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinere. *d. l. inter eos. §. pen. d. §. si plures.*

De illo non convenit, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandamque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejussoribus contestata sit, quem & Cynus & alii secuti sunt. Moventur primum eo, quod in *§. si plures. Instit. de fidejuss.* dicitur compelli creditorem partem a singulis fidejussoribus, qui modo solvendo sunt tempore litis contestatæ, petere: si quis autem eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerare: unde recte sibi vili sunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis divisionem. 2. Per *l. liberum. 16. C. de fidejuss.* ubi diserte scriptum est, post litis contestationem petitionem divisam redintegrari juris rationem non pati; ex quo iterum, ut supra, colligunt, post litem contestatam exceptioni divisionis locum non esse. 3. ex eo, quod fidejussori inficianti beneficium divisionis denegatur. *l. si dubitet. 10. §. 1. ff. eod.* Litis autem contestatio non nisi negative a parte ejus, qui convenitur, fieri potest. *l. 2. C. de jurejur. propt. calum. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* Sed verius est, quod & communiter placuit, etiam post litem contestatam divisionis exceptionem opponi posse, & sufficere, si quandoque ante sententiam allegetur. *l. fidejussor. 10. §. 1. C. eod.* ubi Alexander Imperator Vitali ita rescribit: *Ut is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.* Frivolum autem est, quod respondent exceptionem, quæ ante litem contestatam opponitur, utique etiam opponi ante sententiam seu condemnationem: nam utique hoc falsum est, exceptionem, quam ante sententiam opponi sufficit, eam opponendam esse ante litis contestationem. Ait Imperator, *ex ordine postulari solet.* id est, servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus competere solent. Fieri enim potest, ut fidejussor in solidum conventus plures habeat defensiones, aut saltem plures alleget; v. c. si dicat se non teneri, quia reus principalis liberatus sit, vel ipso jure, vel per exceptionem; aut si ex sua persona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defensionibus cum se exclusum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac desiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero postulari potest & solet ante sententiam seu condemnationem, ut verba rescripti habent. Non obstat *d. §. si plures. Instit. de fidejuss.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam esse ante litem contestatam: sed hoc solummodo, si tempore litis cum uno contestatæ quidam non sint solvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio post litem contestatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi potest, qui tempore litis contestatæ solvendo fuerunt, & dividenda est, si is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore solvendo fuisse. *l. inter eos. 51. §. 1. ff. eodem. Mantio. de tac. & ambig. conv. lib. 16. tit. 19. n. 2. In d. l. liberum. 16. C. eod.* proponitur casus, quo creditor cum omnibus fidejussoribus simul egit, cum singulis autem pro parte; atque ita actionem suam inter fidejussores pro parte cum singulis agendo ipse ultro divisit. Eum autem, qui hoc fecit respondet

Gor-

Gordianus non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est, ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum qui solvendo non sunt, aut ab initio solvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejussores sponte sua dividendo solidi petitioni renunciare intelligitur: ac proinde beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriorem conditionem suam facit. *l. non solet. 86. & seq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus, efficit, sed actionis divisio; quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nimis autem leve est, quod ex *l. 10. §. 1. ff. de fidejuss.* objicitur, fidejussori inficienti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cum non simplex inficiatio fidejussores ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri; sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem & nostræ communis sententiæ argumento vulgari, quod exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est, licet Glossa hæsitet, & magis putet esse anamaliam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisâ quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. inter eos. 51. §. pen. eod.* dubito tamen an verum sit, quod vulgo traditur exceptiones peremptorias etiam non contestatas in strictis judiciis usque ad sententiam recte opponi, propter *l. 9. C. de præscript. long. temp. l. 8. l. 9. C. de except. junct. l. ut fundus. ff. comm. divid.* quanquam id hodie sublato fere judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis contestandæ sint, ut ita demum postea ad probationem & disceptationem recte opponantur, quod satis aperte loca citata ostendunt: vid. *Donell. ad l. 8. C. de except.* sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus. 19. ff. de probat.* quæ enim facti quæstionem habent, non possunt intelligi in iudicium deduci nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur; qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola. D. Hadriani tributa: quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in iudicium deducitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso, quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam si nominatim a partibus petita non sint. *l. un. C. ut quæ def. adv. part. jud. suppl.* & multo magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem divisionis etiam post sententiam opponi posse in executione judicati, & hic etiam hæsitat Accursius. Sed bene *DD. comm. in d. l. 10. C. de fidejuss. Gomez. 2. var. resol. c. 13. n. 15. Zanger. tract. de except. part. 3. c. 19. n. 4.* id negant. Cur enim diceret Imperator ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si idem postulare liceat etiam post sententiam, cum jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus. Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsitâ adversus eum, qui se passus est in solidum condemnari, postea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *l. ult. ff. de pact. l. habere. 57. in fin. ff. de evict.*

LIII 2

quam-

quamquam hoc non obstante recte defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia licet post priorem sententiam: quia appellatio suspendit, imo extinguit iudicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam. *l. 1. §. ult. ff. ad senat. Turpill. Sichard in d. l. 10. n. 13. C. de fidejuss. Zanger. & Gomez. ubi supra.* Nihil adversus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus e fidejussoribus condemnatus est, opponi potest. *l. si fidejussores. 41. §. 1. ff. de fidejussor.* nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversus eos sibi cedi. Nam qui divisionem postulat, is contra sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundum sententiamolvere, dum sibi adversus cæteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis Sctorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt, placuit, ut hæc etiam post sententiam opponi possint. *l. tamen. 11. ff. de senat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem divisionis trahi debet. *Sichard. in d. l. 10. C. de fidejuss. n. 10.* Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in *l. inter eos. 51. §. ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damnato capitis ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur: quo casu potest quidem adhuc creditor adversus alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores recte postulabunt, ut inter eos, qui solvendo sunt, actio dividatur in quo numero etiam fiscum qui damnato successit, & heredis loco est, habendum scribit Papinianus.

CAP. XLI.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?

ELEGANS quæstio est, an fidejussor, qui ad tempus pro aliquo spondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæstione recte sentire eos, qui negant post tempus definitum fidejussorem sine novo ejus consensu vel repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obstringi: in præteritum vero, seu respectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipse de se testatur *de process. exec. p. 1. cap. 10. n. 310.* pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejussorat. Expleto eo spatio, officium prorogatum sive ut nunc loquuntur, officiali continuatum est inconsulto Colero fidejussore. Hic dicimus Colerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium reo prorogatum est, sed tantum de periculo temporis præteriti, seu prioris anni, quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur, certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cum sit contractus stricti juris. *l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig. Hering. de fidejuss. c. 2. n. 50.*
& c. 24.

§c. 24. n. 33. Et in universum obligatio limitata ad certum tempus non potest inuito obligato in longius tempus prorogari, ut bene *Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend. vers. solum facere recusaverunt. n. 2.* Hinc rescriptum est, fidejussorem, qui incertum tempus iudicio sisti aliquem promisit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum se obligavit. *l. si fidejussor. 27. vers. nisi in certum tempus. C. de fidejuss.* Et responsum, si in primo compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos. *l. La-beo. 25. §. ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quaeritur, notabilis & apertus in hanc rem textus est in *l. si cum Hermes. 7. C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in conductione detineretur, diserte respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi: nempe quoniam alia & nova hic conductio finita priore intervenit. *l. qui ad certum. 14. ff. locat.* & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent. *l. legem. 16. C. de locat.* pignorum autem & fidejussorum par causa est. *l. promisi. 21. §. ult. ff. de pec. constit. l. 1. §. jubet autem. 9. ff. de collat. l. 4. §. adduci. 8. ff. de fideic. libert.* Respondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempe ipsius conductoris, qui ultro se in nova obligatione constitui passus est, non autem si alius pro eo in priore conductione res obligavit, sine novo hujus consensu. *l. item queritur. 13. §. ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non esse modum tollendi obligationem. *l. obligationem. 44. §. 1. ff. de oblig. & act.* nam cum fidejussoris obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne post illud tempus aut pro temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cum ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est, nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse: at sicut summa, ita & dies pars est stipulationis. *l. 1. §. 2. ff. de edend. Ant. Fab. Cod. suo for. de fidejuss. defin. 25. Valent. Reimer, quaest. illustr. dec. 10. c. 4. Hering. d. tract. c. 20. §. 18. n. 4. & 5.* Et utique alias in omnem eventum tueri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali. *d. l. 44. §. 1. ff. de oblig. & act. l. eum qui. 56. §. qui ita. 4. ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilominus ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio nunquam fit tacite citra verba & stipulationem. *l. 5. §. 2. ff. de verb. oblig. l. blanditus. 12. C. de fidejuss.* & tralatitium est in fidejussionibus stipulationem loco formæ esse. *Hering. d. tr. c. 11. n. 1. & seqq.* quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut protestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* mentio fit repetitæ a fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit: cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur a consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fide-

jussoriam se repetiisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali, & prorogationem quam vocant obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæst. seq.* Ex converso autem dicimus fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine ejus, quod ex causa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tam diu durat, donec creditori solutum autaliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt. *l. obligationum. 44. §. 1. vers. placet etiam. ff. de oblig. & act.* nisi post triginta annorum curriculum, *l. 3. C. de præscr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* adde *l. si alienam. 9. §. omnis pecunia. 3. ff. de pign. act. l. grege. 13. §. etiam. 4. ff. de pignor. facit l. nemo potest. 35. & l. seq. ff. pro soc. cum similibus.* Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. si cum Hermes. C. de locat.* Nam cum Imperator illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscure significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *l. ult. C. in quib. caus. tut. hab.* Nimirum unius exclusio alterius solet esse inclusio. *l. cum prætor. 12. ff. de judic. l. ex eo. 18. ff. de testib.* Et argumentum a contrario sensu valide procedit. *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. jurisd.* nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur. *Præf. Everb. in loc. legat. loc. 82. n. 4.* Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa. *l. sapimus. 27. vers. tunc enim. C. de fidejuss. venditor*, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quo ad se subjecit. *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi causa, fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio, ut prior perimatur. *l. 1. ff. de novat. §. præterea. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta *l. si rem. 31. §. 1. vers. eo magis. ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur. *l. si creditor. 15. l. novatione. 18. l. aliam. 29. ff. de novat. l. in omnibus. 43. ff. de solut. l. ubicunque. 60. ff. de fidejuss. l. 4. C. cod. Consentiant Hering. tract. de fidejuss. c. 20. §. 18. n. 4. & seq. junct. §. 12. n. 5. 6. 7. Ant. Fab. Cod. for. de fidejuss. dec. 25. Specul. lib. 4. part. 3. de fidejuss. §. 1. quanquam obscure loquitur Valent. Reimer. dec. 10. quæst. illustr. c. 4.*

CAP.

CAP. XLII.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

VICINA superiori, ac tantum non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est, si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit, fidejussor liberetur. Speculator lib. 4. part. 3. tit. de fidejuss. §. 1. vers. illud autem queritur. & ibi Joan. Andr. in addit. Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend. §. solutionem facere recusaverunt. alique relati apud Berlich. part. 2. concl. 25. n. 2. putaverunt prorogatione temporis ad solvendum constitui liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii vero distinguunt, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum duntaxat tempus se obligavit: priore casu ne aut prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur: posteriore autem casu contendunt data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis interpretum opinio, ut videre est apud Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 13. n. 21. Fachin. lib. 2. contr. 88. Hering. tract. de fidejuss. c. 20. §. 12. n. 2. & 3. Berlich. d. p. 2. concl. 25. n. 18. cui etiam Fachinæus & Berlichius assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, siue fidejussio tempore determinata sit, siue indeterminata. Abutuntur autem interpretes locis quibusdam, veluti l. si cum Hermes. 7. C. de locat. l. item queritur. 13. §. ult. ff. eod. quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejussorem renovata obligatione liberari: sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plene demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor in scio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem liberatum videri, cum principalis obligatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris, appositum est ad finiendam aut limitandam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis. d. l. si cum Hermes. C. de locat. sed ad faciendam solutionem & exactionem. Gabriel lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuss. concl. 3. Coler. de process. execut. p. 1. c. 10. n. 2. 98. & sequent. nec durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione mansit, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario juris remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus inciperet. l. Lucius. 38. ff. mandat. l. si pro ea. 10. C. eod. c. ult. ext. eod. Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut a fidejussionis periculo eximatur, boni consulere debet quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit, ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam est fidejussori. l. ult. §. 1. C. de usur. rei jud. l. si unus. 27. §. 1. ff. de pact. qui proinde, & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum. l. quod certa. 70. ff. de solut. Ant. Fab. C. suo for. tit. de fidejuss. defm. 25. Hering. d. tract. c. 20. §. 1. n. 6. & seqq.

Hoc igitur posito quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & ma-

& manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maxime in omnem causam obligato, noceret. *l. si quis. 24. §. 1. ff. de usur. l. mora. 88. ff. de verb. oblig. l. quero. 54. ff. locat.* necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum, siue simpliciter, siue cum adjectione temporis se obstrinxerit: prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitativis. *Gomez. & Coler. ubi supra. Perez. ad Cod. tit. de fidejuss. n. 44.* nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu *l. si cum Hermes. C. de locat.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum sublata verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus est. *l. novatione. 18. ff. de novat. l. ubicunque. 60. ff. de fidejuss. l. 4. C. eod.* Respondet Berlichius regulam illam, quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsis contrahentibus dependent. *arg. l. item queritur. 13. §. ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac responsione effici, ut & fidejussor, qui simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat, & perspicue falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat; is sciat e contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur, & pro ogatio fidejussori proffit; denique dilationes hujusmodi ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in præsentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant. *l. promissor. 21. §. 1. ff. de pecun. constit.* & similib, unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor reo moram necente ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere. *l. idemque. 10. §. fidejussores. 11. ff. mand. l. mora. 88. ff. de verb. oblig.* Errant autem illi qui putant fidejussorem liberari, si creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad solvendum compelleret, isque dum cessat debitor desierit esse solvendo. Nam in fidejussore subsidiario (quem vulgo fidejussorem indemnitis quamquam improprie, vocant) singulare hoc est, ut si creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore cessante debitor fortunis exutus est, recte recuset actionem contra se creditori dari. *l. si fidejussores. 41. pr. de fidejuss.* Secus autem est in fidejussore simplici, per textum expressum in *l. si fidejussor. 62. ff. eod.* Nec obscura est diversi juris ratio. Nam fidejussor indemnitis non idem promittit, quod reus debet, sed quod a reo servari non poterit: ut hujus fidejussoris obligatio condicionalis sit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi possit, quam facultates rei ex causa judicati excusæ sint, ut certo constet eum non habere, unde solvat. *l. decem stipulatus. 116. ff. de verb. oblig.* Quare si talis fidejussor, quod ei conditio stipulationis permittit creditorem tempestive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore cessante, ille postea solvendo esse desierit, perinde hoc habendum ac si non contigisset, quoniam suum a debitore servare potuit, & monitus debuit. *arg. l. factum cuique. 155. & l. 161. ff. de reg. jur.* At cæteri fidejussores idem, quod reus principalis promittunt, & statim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla sit in hujusmodi fidejussoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & cessantem cum fidejussore agere

agere prohibeat. *Zaf. Donell. Costal. & DD. comm. in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. decem stipulatus. ff. de verb. oblig. Gail. 2. obs. 27. n. 13. Gomez. 2. resolut. c. 13. n. 9.* Cæterum aliud dicendum videtur post constitutionem Justiniani de fidejussoribus non conveniendis nisi post reum principalem excussum. *Nov. 4. auth. præsent. C. de fidejuss.* ut jam omnis fidejussor, propter beneficium ordinis & excussionis, in subsidium obligatus videri possit, nisi huic beneficio renuntiaverit, & consequenter si denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente, debitor inidoneus factus sit, recte eum postulare ne contra se actio detur. *arg. d. l. si fidejussores. 41. ff. de fidejuss. ita Gomez. d. c. 13. n. 9. post Baldum in l. ult. ff. de reb. cred. Paul. Castr. in d. l. si fidejussores. col. 1 Panorm. in C. fin. ext. de fidejuss.* Sed vix est, ut hoc iis largiri possim. Neque enim hoc vult Justinianus *d. Nov. 4.* ut fidejussores simpliciter accepti id quod promiserunt, debeant sub conditione si creditor id a reo servare non possit: sed cum simpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius a creditore efficaciter conveniri possit, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, satisfacit constitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præcise cum reo experiatur, contra formam stipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. si fidejussor. 62. ff. de fidejuss.* nec *d. Nov. 4.* mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitus agere cogatur. *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus. cog.* Plures differentias inter fidejussorem simplicem & subsidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *DD. in l. ult. pr. ff. de reb. cred. præsertim apud Zafium ibid. n. 3. & seqq.*

M m m m

SIMO-

SIMONIS VINNII, ARN. FIL.

O R A T I O

D E

CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

*Recitata cum Doctor U. J. Publice renuntiaretur
postridie Kalend. Decemb. 1648.*

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præstantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis disserit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum esset, Auditores, ne hodierno die in hoc augustissimo & ad dicendum amplissimo loco splendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & sermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri constituerim magnos illos Philosophos, Protagoram, Aristonem, Pyrrhonein, nec non Trasy-machum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt jus nullum esse re ipsa, nullum, quod naturæ decreto constitutum sit, sed justum omne & æquum a sola hominum opinione & potentiorum placito profectum esse; facile animadverti longe gravissimam oblatam mihi esse materiam & ad falsam hanc sententiam, utut magnam veri præ se fert speciem, confutandam ac profligandam, & ad ostendendum quid vera sit jus, quid æquum & bonum, quid justum & honestum. Hæc autem omnia si quis ita se tractare posse confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo respondeat, cum oportet aut ita exercitatum esse in dicendo, ut facultate sua fretus nihil sibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta satis acute atque intelligenter perspicere ac dijudicare non possit. Neque mihi nunc ulla alia res percussum ac debilitatum in hac cogitatione animi erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum est, qui & ea sapientia sunt, ut quanti quæque res sit, ex natura ipsius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac mansuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deferant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoscant.

Non sine causa a docto quodam viro dictum est, opinionem sacrum morbum esse: quippe quæ adeo potens est in rebus humanis, ut nacta semel consuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt sola opinione, non etiam natura jus omne constare. Videbant enim non idem apud omnes jus esse, non idem æquum & bonum, sed alium alio jure populum, & fere suo quemque uti. Apud Persas & Macedonas constituta fuit adversus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit imputatum.

nitum. In seditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, cum is cæterarum civitatum institutis, probi quietique civis laude cumlaretur. Lacedæmonii & Ægyptii furta permiserunt, quæ apud alios passim prohibita; apud Athenienses ex lege Draconis etiam pœna capitis multata sunt; sicut & hodie nonnunquam furca laqueoque fures ulciscimur. Ex rapto olim vixere Cilices: Massagetæ communes uxores habuerunt: apud Persas matribus & filiabus misceri jus fasque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, sed etiam odio digna, crudelique supplicio visa est. Possem sexcenta alia id genus exempla proferre, nisi id & otiosum esset & infinitum.

Non est autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere singulorum varia est & diversa indoles: in una atque eadem sæpe civitate & perbreui tempore videmus leges ipsas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter se repugnantia & dissensiones. Sed & in rebus honestis, quarum proxima est cum iustis cognatio, animadvertere est, more tantum & consuetudine quadam hominum inductas esse, cum nullum earum sit in natura discrimen. Persis turpe habebatur spuere, quod in reliquis populis non fit inhoneste. Corporis nonnullis partibus tantus additus est pudor, ut quædam omnino non appellentur suis nominibus: aliæ appellentur quidem, sed ita, ut honos præfandus sit: at istam verborum verecundiam, ut stultam & puerilem, exploserunt Stoici, qui nihil putabant turpe esse dictu, sed omnem turpitudinem in rebus ipsis & factis, non in verbis & voce consistere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam istam iusti & iniusti, turpis & honesti distinctionem nullam re ipsa esse, sed iniusta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cuiusque populi prohibentur: quæ prohibitio si tollatur, aut contrario hominum usu paulatim antiquetur, jam vel naturæ consensu iusta fore & honesta. Et est profecto hæc opinio non ficta, aut disputationis duntaxat causa in scholis Philosophorum agitata, ut pleræque aliæ; sed habuit assertores suos plurimos, eosque magnos viros & doctos imprimis, a quibus diu multumque serio defensa est. Habuit Protagoram, magis etiam Aristonem & Pyrrhonem, qui hoc non disputationis gratia asseruerunt, verum quod ita se rem habere plane sibi persuaserant. Habuit & Trasymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud esse dicebat, quam quod placet & utile est potentiori: ac proinde quodcumque is, qui plus posset, lege sua juberet & vetaret, jus esse & quidem solum jus, neque ullam in eo esse naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipsa natura proficiscitur, constans est & æternum, semper & ubique idem, nunquam sibi repugnans, nunquam contrarium, nullo temporis cursu mutabile. Ignis ubique gentium & semper urit. Nix apud omnes & omnibus alba est. Non magis Germanis & Gallis symphoniam jucundus auditus non rerum bene olentium odor magis suavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum sensus magis contrarius. Hoc modo si jus non institutum, sed natum esset, quod quibusdam iustum est, id apud omnes pro iusto haberetur colereturque, & sicut iisdem sensibus, iisdem etiam iussis vetitisque omnes uteremur. Itaque cum multo summo ingenio singularique doctrina homines semper in hoc studio elaborarint, ac plures fortasse etiam quam in alia scientia, nemo tamen inventus e veteribus est,

M m m m 2

qui

qui eam arte concludere conatus fuit, sed tamen quisque ex dispersis & disiectis partibus decerpit, quantum potuit aut iudicio suo assequi, aut memoria comprehendere. Unde, ut videre est in eorum libris, non tam artificio ullo instructi, quam adjuvia natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid iustum vel iniustum sit, respondebant. Et tamen quam plausibile & gloriosum auctori suo id opus futurum fuisset, argumento est libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expositas populo actiones, tantam in civitate gratiam est consecutus, ut *Ædilis Curulis* crearetur. Sed bene videntur viri excellentes & callidi, non posse in formam artis jus civile redigi, cum totum situm sit in hominum institutis, quæ & incerta semper, & ad discendum cuique sunt facillima. Quare Jurisconsultorum memoria omnium in ore est, tanquam quæ ipsis aut sola sit, aut maxime necessaria, cum in cæterarum artium professoribus artificium quoddam & acumen ingenii desideretur: ut qui jura & instituta, quibus privati iniquaque civitate utuntur, & actionem iudicorumque formulas memoria teneat, is in medio foro versari, atque in iudicum tribunalibus regnare possit, magna cum opinione juris scientiæ. Quod ipsum & multis olim, ut *Aculeoni* aliisque, de quibus testatur *Cicero*, & nostra quoque tempestate usavenisse constat, qui inturbata *Forensi* & litigiosa multos annos versati nomen habuerunt magnorum patronorum & Jurisconsultorum, cum essent omnium litterarum rudes, & hujus civilis scientiæ ignorantissimi.

Atque hæc fere sunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus esse constitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Ajunt jus naturæ nullum esse, idque ostendunt ab institutis hominum, quæ inter se sunt dissimilia, cum natura sui sit semper similis, quasi vero id quod iustum est, ex solis legibus & scitis populorum æstimandum sit, ac non potius ex eo, quod iustum esse dicat ipsa naturalis ratio, seu insita animis hominum ac divinitus impressa iusti & iniusti notitia. Est sane id jus, quod positum est in legibus & populorum institutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum opportunitatem mutabile. Nam cum ad cuiusque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non potest, quin diversum diversis civitatibus & populis statuatur: tum & ipsa temporum mutatio ac necessitas sæpe justam affert mutandæ legis occasionem. Pulchre *Cæcilius* ictus apud *Agellium*, ab optimis, inquit, *Rerump.* gubernatoribus legum opportunitates & medelæ pro temporum & rerump. generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno statu consistunt: quin ut facies *Cœli* & *Maris*, ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. *Lucius Valerius* apud *Livium*, quas tempora, inquit, aliqua desideraverunt leges, mortales & temporibus ipsis mutabiles esse video: quæ in pace latæ sunt, plerumque bellum abrogat, quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, sed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum sapientes quoque legum conditores leges ipsas ad indolem & mores cuiusque populi adaptare debent, personarum, causæ, loci, temporisque semper habita ratione: nam si nullo iudicio, nulloque rerum, personarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ sive publicæ, sive pri-

vata

vata ordinentur, acri sane dignaque reprehensione carere non possunt. Neque enim probanda est Cleonis apud Thucydidem sententia, qui melius agi cum Republica aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo constanter, quam cum ea, quæ bonis, sed inconstanter, utatur. Quod vero jus ipsa humana ratio constituit, id ut per se iustum & æquum est, ita & per se & suapte natura constans, perpetuum atque unum est. Sed & quamvis non omnes legislatores idem semper statuunt, idem tamen omnes sibi propositum habent salutem scilicet civium & Reipublice utilitatem. Una inquam semper est aut esse debet legislatorum omnium mens, ut æquitate constituenda cives suos ad primam illam & immutabilem naturæ iustitiam revocent, quam si legibus scriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem existimandum est, omnia esse iusta, quæ sita sunt in populorum institutis aut legibus. An si quæ leges essent Tyrannorum, si triginta illi Athenis leges imponere voluissent, aut si omnes Athenienses tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæc leges iustæ haberentur? Si furti, si adulteria aliave flagitia apud quosdam populos impunita fuerunt, si sint gentes, in quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum iudicium efficere possunt, ut id, quod natura iustum aut iniustum est, tale esse definat? Quid quod neque illi ipsi, quos diximus Lacedæmonii furti rerum omnium permiserunt, sed eduliorum tantum, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat, quos furtim sibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent industriam, discerentque a pueris noctu vigilare, interdum fallere, insidias struere, exploratores habere, ita adultos bello meliores fore existimantes, testibus Xenophonte & Agellio: quamquam in eo stulti, quod furtorum consuetudine potius, quam virtutis amore & studio veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ iustorum eadem & honestorum distinctio est; quædam enim natura talia sunt, quædam vitæ communis usu introducta. Illa perpetua sunt, apud omnes ubique & semper honesta. In iis autem, quæ hominum consuetudine inductæ sunt honestates, tanta variatio est & dissimilitudo, quanta est in ipsis moribus, qui pro cuiusque gentis dispari cultu & victu, varii & dispares constituuntur.

Quod vero de sensibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eodem esse, verum est cum sani sunt & valentes, nec ulla re alia impediuntur. At remum in aqua iudicamus inflexum esse, & nimio æstu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini suavitatem non sentiunt. Sunt & in hominibus qui clarius cernunt, sunt qui liquidius audiunt, sunt qui odorantur sagacius, nec quisquam fere est, qui non proprii aliquid habeat in sensibus: & tamen eadem & una sensuum vis omnibus ingenerata est, quamvis ea in unoquoque valeat pro suæ duntaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis sæpe est occæcata erroribus, nec semper verum a falso potest discernere, sed in eo subinde fallitur non tam rerum ipsarum incertitudine, quæ nulla est, quam iudicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum est mutari naturam; sed cum una sit & simplex, diversa nihilominus & multiplex affectis diverse animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina possunt, rectius omnia iudicant; qui utroque aut altero destituuntur, offendunt sæpissime. Ut in cantu multa exaudiunt Musici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parrasii: neque tamen alia est pictura indoctis, alia doctis hominibus, sed ab iis, cum sit eadem, non eadem illorum aspectu sentitur.

M m m m 3

Jus

Jus ipsum quidem per se nudum & apertum est, sibi constans, & jam tum a principio sui generis æterna lege definitum: sed id ad usus hominum & mores, qui varii sunt & incerti accommodare & difficile est & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem sit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obscuris nemini mirum videri debet, cum ipsi sensus, quorum adeo clara sunt & certa judicia, persæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem explosa sententia est, qui quicquid videtur tale esse dicebat, quale videretur. remum in aqua inflexum esse, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti suave esse, quia iis ejusmodi esse videatur. Idque probabat a rebus justis, quasi non alia de causa justæ essent, quam quod legislatoris opinione pro justis haberentur, abrogata lege tales esse & haberi desinerent; quo nescio an quicquam dici possit absurdius: neque enim juris aut rerum stabilitas vacillat, sed fallimur opinione & sensibus, dum illa prava est, hi corrupti. Quod si removerentur omnia, quæ obstant & impediunt, quo minus suo quo quodque naturali munere fungi perfecte possit, neque nobis unquam falsa persuasio imponeret, neque depravatus sensus deciperet, & omnium esset de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Postremo nec illud satis argumenti est sola hominum inventionem jus excogitatum esse, quod nulla dum arte sit conclusum. Multa enim sunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim dissipata jacent & dispersa sine artificio, quæ tamen propterea dici non possunt vere non existere. Ac ne illud quidem verum est, non posse jus alicujus populi in artem redigi: nam si, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum usu & Rerumput. administrationibus observata sunt, hæc ab hominibus peritis animadversa & notata, verbis designata, generibus illustrata, partibus fuerint distributa, non intelligo quamobrem non, si minus subtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars esse videatur, aut certe artis quædam similitudo & simulachrum. Quamobrem, ut ut ista quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plausibilia videri debent, ut a Platonis, Chrysippi, Ciceronis, aliorumque sapientissimorum hominum sententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, sed a naturæ decreto jus fluxisse rectissime censuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura est; finis ad quem ducimur ea ipsa natura est, natura inquam hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera justum aut honestum est, nisi quod huic rectæ rationi sit consentaneum; quamquam quid opus est rectum addere, cum quæ non sit recta ratio, eadem ne ratio quidem sit. Ut simia semper est simia, etiamsi purpura induatur, sic injustitia semper est injustitia, etsi ex legis autoritate similitudinem quandam gerit speciemque justitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctissimorum hominum disputatione versantur, nihil est præstabilis, quam plane intelligi nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura jus constitutum esse, atque hujus rei evidentissimum esse argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, sed sola notione, quam eis indidit natura, rationis sunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud sit, quam recta & a Numine Decorum tracta ratio, præcipiens honesta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus a natura datum est. Hoc autem jus semper & ubique justum est & fuit: nec aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit: nam ut recta ratio in-

stita

sita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest; nec quod jubetur, vetari, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notionēs, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Eruditissimo Juveni ,

S I M O N I V I N N I O,

C U M

Summorum, qui Jctis debentur, honorum gratia, de divinis humanisque rebus in Illustri Leidenſi Batavorum Academia graviter responderet, ac eisdem, more majorum, merito ornaretur.

Quod Themidi promit VinnI facundia, Magni hoc
Et Patris & Nati filius instar habet.

V. CL.

A R N O L D I V I N N I I, J C.

& hujus Academiae Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque

L. M. Q.

Posui

MARCUS ZUERIIUS BOXHORNIIUS.

SIMO-

SIMONIS VINNII, ARN. FIL. J. U. D.

O R A T I O

D E

S A P I E N T I A R O M A N O R U M

In jure constituendo, reddendo, interpretando, habita
Idib. Januarii cło lς c lı.

FUIT olim proverbium hoc, Auditores Spectatissimi, tota Græcia celeberrimum maximeque usurpatum, ἡ ἐλαχὲς σπάρταν, κοτμεῖ, Spartam nactus, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipsis Spartanis civibus nata sese inter se ad civitatis suæ dignitatem pro virili amplificandam communi ista & populari voce corhotantibus, post vero ita celebratum est, ut ad quasvis honestas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere existimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexissem, aut pro nihilo habuisse videri possim. Concessa mihi potestas est a Nobilissimis inclytæ hujus Academiae Curatoribus, nec non collegis eorum florentissimæ hujus urbis Consulibus, duos illos Pandectarum seu Digestorum juris epilogos, quorum alteri titulus est de verborum significatione, alteri de diversis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clarissimi Professores a lectionibus publicis abstinere solent. Cæterum ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam dicar ingressus, pro ea, quæ moribus usuque recepta est, consuetudine, priusquam ad ipsam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illustri aliquo argumento more a majoribus per manus tradito differendum. Putavi autem non usque adeo alienum ab instituto hoc nostro fore, si de singulari illa pop. Rom. sapientia, qua usus est cum in legibus ferendis, & jure constituendo, tum in eoreddendo interpretandoque, in præsentia dissertarem. Quam utique admirabilem fuisse necesse est, cum etiam nunc, quotquot sunt respublicæ bene constitutæ, leges & jus civile Romanorum veneratione, atque ad hujus normam ultro se hodie componat orbis Christianus. Non repetam rem a primordio urbis, a legibus Romuli aut Numæ, verum a decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & consuetudine usus est, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulsus, abolitisque lege Tribunitia, lata a Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipso, qui & reges eiecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnasque sæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multo post, certas ferri & stabiles leges, ad quarum præ-

præscriptum tum publice universi, tum privatim singuli se conformarent.

Sciebant prudentissimi mortales, non quicquid ubique egregium est, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob causam nec unius tantum civitatis jura cognoscere voluerunt, sed plurium, earumque sapientissimarum, atque ex omnium harum institutis, quod usquam speciosum, decerpere atque ad se transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobilissimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam suscepisset, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formosissimas, sibi inspiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico consilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in singulis laudatissimum erat, pictura redderet. neque enim putabat omnia quæ ad venustatem quæreretur, uno in corpore se reperire posse.

Miserunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges describerent, quas ille unus e septem sapientibus Græciæ, & eorum facile princeps Atheniensibus scripserat, sublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuisse fertur memorabile præter pœnarum acerbiteriam. Misere Lacedæmonia qui ediscerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tulisse fertur, adhibito prius in consilium Deo. Misere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, sed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, instituta, moresque explorarent. Misere in Hetruriam, qui religiosa Tuscorum cognoscerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes sacrentur, qua sanctitate muri, quo jure portæ sint, aliaque ejusmodi, quæ libris ritualibus religiosissimæ gentis continebantur. Ex tot clarissimarum civitatum institutis & legibus, simul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat, delectis, quæ usquam egregia, conflatum a Decemviris est jus civile Quiritium, compositæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc constat, tripertitam fuisse XII. tabularum divisionem: prima parte comprehensum id jus, quod ad sacra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, spectans ad summam Reip. potestatem populi in bello paceve decernenda, in magistratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc est, id jus, quod cujusque civis utilitatem privatim respicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, possessionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujusque pertinent, relata fuisse. Non temere igitur Marc. Tullius in persona Luc. Craffi disputans dixit, totam civilem sapientiam bene descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII. tabulis contineri. adeoque si quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, eum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum sit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiscita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis sacri & humani juris mansit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ posita est in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latissime patere voluerunt, nec consistere tantum in jure constituto privatim singulis postulantis reddendo, verum etiam in jure edictis publice uni-

N n n n

versis

versis proponendo, ac velut constituendo, facta magistratibus potestate, ea, quæ a legibus & jure civili proficiscebantur, mitigandi, supplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica postulare videretur, salva populi legumque majestate; quod jus honorarium appellaverunt, & vivam esse vocem juris civilis Marcianus Juriscons. scripsit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Romanor. attulit, & stabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos semper fuit juris constituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non satis consuli civibus sola legum sanctione, nisi sint in civitate qui vim legum intelligant, easque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure respondere possint: qui quasi custodes sint juris civilis, quorumque auctoritate sua conservetur legibus autoritas, atque ad posteros transmittatur. Itaque huic muneri præesse voluerunt amplissimos quoque & clarissimos viros, ipsa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Crassos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, aliosque plures, quos omnes constat juris civilis scientiam professos esse, interpretando, respondendo, plerosque etiam docendo, disputando, scribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare possumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano possit; sed in qua studium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negliger excultum fuisse videtur? ubi tandem aut institutas de jure disputationes, aut scriptos libros fuisse legimus? ubi denique nomen ipsum vel Jurisconsultorum vel Jurisprudentum nisi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Jurisconsultorum apud Romanos vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui sese privatorum negotiis, rebusque agendis interponebant, non Jurisconsulti, sed pragmatici nominabantur, quasi dicas negotiosi & formularii, homines, ut Crassus apud Ciceronem ait infimi & mercenarii, qui se ministros in judiciis oratoribus præbebant. Non sum inquit Fabius, moris nostri ignarus, oblitusve eorum, qui velut ad arculas sedent, & tela agentibus subministrant: neque idem Græcos quoque nescio fecitasse, unde nomen his Pragmaticorum factum est. Et Antonius 1. de Oratore; Itaque Græci, inquit, disertissimi homines, ministros habent in causis Jurisperitos, cum ipsi sint imperitissimi, & qui pragmatici vocantur, in quo nostri omnino melius multo, quod clarissimorum hominum auctoritate leges & jura tecta esse voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Jurisconsultorum suorum munus in tam exili & tenui opera consumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibusque præessent; sed in æquo bonoque civibus omnibus respondendo. Quapropter præclare mihi Celsus artem juris definivisse videtur, artem æqui & boni. Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius maxime in eo consistit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. In recti, inquam, pravique discrimine: cum illi, qui se ad album solummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ amplissimi quique cives & nobilissimi viri, quasi juris civilis custodes, in hoc munere, tanquam in præsidio aliquo locabantur a quibus cæteri cives, quid æquum bonumque esset, cum usus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & consuetudinis intelligentia, omnes bonarum litterarum opes, cunctas eruditionis justæ ac

le-

legitimæ partes sibi comparabant , disciplinam Reipubl. causam Imperii cognoscere , omnem denique bene vivendi rationem tenere & persequi satagebant. Jam vero quantum illud est , quod Justitiæ sacerdotes sese profiterentur , veræque & non simulatæ Philosophiæ sectatores , nimirum necesse est eos fuisse viros graves , sanctos , severos , incorruptos , inadulabiles , vi & majestate æquitatis veritatisque terrificos. Ad hos vel transverso obambulantes foro , vel in folio sedentes domi sic adibatur , non solum ut de jure civili ad eos , verum etiam de filia locanda , de fundo emendo , de agro colendo , de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod sane præclarum ac majestatis plenum fuisse constat ; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro , præsidium clientibus , atque opem amicis & prope cunctis civibus lucem ingenii & consilii sui porrigentes atque tendentes. vel cum in ea domus parte , ubi majorum imagines asservabantur , quasi augusto aliquo loco sella posita Divæ justitiæ oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit , domum Jurisconsulti oraculum esse totius civitatis , unde sibi , si non populi & Reges , ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline , at omnes sui cives consilium expetant , suarum rerum incerti , quos ille ex incertis certos , compotesque consilii dimittat , ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur sapientissimus Poëta , qui cum suas cuique genti laudes attribuisset , pingendi , sculpendi , observandi cæli , Romanis reipublicæ constituendæ scientiam adjudicavit , *Tu regere* , inquit , *imperio populos Romane memento : Hæ tibi erunt artes , pacique imponere morem* , & quæ sequuntur.

Accepto Principe ingens accessio facta , ac tum demum hoc civile studium ad summum perductum est. Nam cum vitio sæculi paulatim invaluisset , ut passim & promiscue cuivis , qui modo studiorum suorum fiduciam haberet , fas esset Jurisconsultum se profiteri , & publice de jure respondere , ne vel multitudine profitentium , vel quorundam imperitia , ignavia , sordibus res tanta vilesceret , atque ut Pomponius noster in historia de origine juris scribit , quo major esset juris auctoritas , Divus Augustus constituit , ut ex sua auctoritate de jure responderetur , nec quemquam ex eo tempore passus est juris scientiam profiteri , publice de jure responsitare , nisi cui id beneficii loco , ob insignem virtutem , singularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipse concessisset. Quod institutum atque exemplum Augusti reliqui deinceps Principes secuti sunt. Posteriores etiam hoc addiderunt , ut ne quis Jurisconsulti titulo prius insigniretur , quam jurati Doctores , quorum opera usus esset , testati fuissent , dignum esse atque ea eruditione jurisque intelligentia præditum , ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inferi posset.

Sed quod omnium maximum est ipsi Principes , quibus nunc solæ commendantur disciplinæ Mathematicæ , non aliud studium magis , quam juris civilis excolebant. Apud Historiæ Augustæ scriptores , nihil occurrit crebrius , quam quod ipsi Principes jus assidue , laboriosissime ac severissime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent adhibebant in consilium non amicos aut comites suos , sed viros sapientes & clarissimos ex ordine Jurisconsultorum , sicut Ælius Spartianus de Hadriano refert , eum cum judicaret , in consilio habuisse Julium Celsum , Salvium Julianum , Neratium Priscum , nec alios adhibuisse , quam quos universus Senatus

tus probavisset. Testes sunt iidem Augustæ historiæ scriptores hunc veterum Principum morem fuisse, ut Iustitiæ solium cottidie frequentarent, non solum ut id nuda sua decorarent præsentia, sed ut ipsi civibus de jure responderent, causas cognoscerent, partes audirent, sententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digestorum vigesimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis testamentum, in quo heredum nomina testator induxerat: quam ob causam bona a fisco vindicabantur, scriptis heredibus indignitatis insimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fisci, dicebat, Vos, scripti & inducti habetis iudices vestros, præfectos ærarii, non est quod Imperatorem de ea re sollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis statues? Cui Antoninus Cæsar (Nam apud Marcum Antoninum Philosophum hæc causa agitabatur) videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit; Respondet Cornelius Priscianus Advocatus Leonis, nomina heredum tantum inducta sunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus advocatus fisci, non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Priscianus dicebat, manumisit quosdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antoninus Cæsar remotis omnibus cum deliberasset, & admitti rursus eosdem jussisset, sententiam ipse proferens dixit, Causa præsens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus testatorem irrita esse voluisse, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoscendo & iudicando Principes olim usi, & simul ostendit bonos Principes in re dubia contra fiscum pronuntiare solitos, cuius causa nunquam mala est, nisi sub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconsulto, nunquam sine manifesta civium utilitate quicquam novi juris constituebant, sed explorato prius iudicio & sententia virorum prudentum, censerentne illi id posse recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens ac iusta civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent rei novæ constituendæ. Sic legimus Divum Augustum prudentissimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum usum sua auctoritate confirmare voluisse, quam convocati viri sapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) censuissent, morem istum civibus & utilissimum esse & pernecessarium. Imperator Alexander ipse Princeps Jurisconsultissimus nullam legem sanxisse fertur, nisi adhibitis prius in consilium xx. Jurisperitis, & id quidem ut iretur per sententias singulorum, scribereturque quod quisque dixisset, dato etiam spatio ad disquirendum cogitandumque, priusquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc iustam prudentem tam pensiculate constitutum non potuit non se latissime diffundere per universum orbem Christianum. Diffudit autem se ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum a Romanis latarum evidentissima æquitate, utilitate ac iustitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene constitutis Academiis publice doceatur.

A Justiniano sacratissimo Principe etiam hoc habemus, quod is immensa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffusa & dissoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam sic conglutinavit, ut jam etiam multo facilius, quam antea fuerat, cœperit esse juris civilis cognitio. Hoc autem

autem volumen, quia ordine quodam dispositum est, omnisque generis veterum consultorum sententias & responsa complectitur, Digesta aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei subiecit epilogum, quorum primus est verborum, quibus passim in jure utimur; alter rerum, qui ex regulis juris conficitur. Uterque ineat ac sese diffundit per universum juris corpus, haud secus ac venæ atque arteriæ per corpora nostra atque aliorum animalium diffusæ & dispersæ sunt. Uterque tam in foro quam in scholis versantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam necessarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in studiorum primordiis utilissimi exhibere potest. Equidem non ignoro esse nonnullos, qui contendunt verborum significationes nihil ad eos, qui juris scientiam profitentur, pertinere, sed hoc totum esse professionis Grammaticæ. sed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in scholis vel in medio foro versari, si ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus.

An non in omni disciplina prima est verborum & dictionum ac phrasum disputatio? an non verba ad hoc inventa ut sententiam & voluntatem dicentis declararent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere solebat, primam esse debere verborum curam, licet rerum potissima sit: quippe verba notas esse rerum, omnemque orationem a rebus oriri ac dependere, ut qui in hisce notis ac symbolis erraverit, necessario etiam ipsis in rebus sit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac disciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri potest, ita & vel maxime disciplina juris. Certis & sollennibus verbis conceptæ leges, Senatusconsulta, edicta, certæ heredum institutionis, legatorum, cautionum, stipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum Jurisconsultorum versatam esse industriam minime ignotum est. Lepidum est, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus a Gellio, quid esset ex jure manum confertum, respondit se rem Grammaticam docere, non jus respondere. Sed inquit si quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet, atqui inquit Gellius, ex Ennio est quod quæro: Sic enim Ennius, *Non ex jure manum confertum, sed magis ferro Rem repetunt*, &c. & simul ire iussit hominem, ac discere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter Epilogus, qui rerum est, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, reiectus est in locum extremum, & sane quidem merito. Quid enim aliud sunt illæ regulæ, quam velut rivuli quidam ex fontibus juris constituti manantes ac diducti? quam velut porismata quædam ordine consecutionis universali legum doctrina posteriora? Unde illud hujus epilogi initio? Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi sive tituli utilitate nihil aliud in præsentia dicam, nisi quod Ulpianus noster commendaturus titulum de in integrum restitutionibus, hic titulus, inquit commendatione non eget: ipse enim se satis ostendit. Nam si e cos spectamus, qui jus civile interpretantur docendo scribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure consultoribus respondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magistratus & iudices, hi, inquam, omnes, nisi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix est, ut mu-

N n n n 3.

nere

nere suo recte defungi queant. Sed de his latius differendi, Deo volente, dabitur occasio, quando, quod nunc superest, manum operi suscepto admovebimus, Spartamque quam nacti sumus, pro virili rebus ipsis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præses & tutor inclytæ hujus Academix, ut hæc res mihi vobisque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.



IN

IN EXCESSUM

SIMONIS VINNII, A.F.J.C.
JUVENIS EXIMII.

V *Inniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur sed juvenem? Credidit esse senem.*

Manibus Memoriaeque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præstantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitatus Ornatissimi, in ipso Ætatis flore rapti, parentum plurimumque jam desiderii,

T.M. Q.

S.

BOXHORNIIUS.

AD
PATREM DEFUNCTI,
SENEM MOESTISSIMUM.

V *Estitur arbor mille sæpe floribus,
Fructusque nullus mille sæpe est floribus.
Ridere cum jam spes videtur, decipit.
Animum pater, totumque te, VINNI, erige.
Fortuna fortes opprimit nunquam viros;
Humoque tollit, savior cum jam fuerit.*

BOXHORNIIUS.

AD

AD

Amplissimi & Clarissimi Viri,

ARNOLDI VINNII,

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Professoris
Primarii, unici Filii,

SIMONIS VINNII, J.U.D.

inopinum Funus.

QUI nuper dirus luxit, Linemanne, Cometes,
Veri prasagum Te probat esse Virum,
Sublimi ingenio natis juvenilibus annis
Dixisti vereor, Magne, malignus erit.
Est ita, Lethiferum hoc lumen vix condidit ather;
Siderea mentis lumen & ecce cadit.

Aspice Belgarum Virtuti nata juvenus,
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille virescens
Musarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patria columen, fulcrumque senecta,
Heres praclari Nominis, atque decus.

VINNIUS ille riget, quem nuper rostra, Cathedra,
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgisque voluptas;
Cor matri, juri gloria, vita patri
Mento canescant mente hic, multique Capillo,
Pectore, sed juvenis mortuus hicce senex.

Et Germanos æstimare Belgas, & esse Belgis quod ament, &
mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici
quondam fui Col. L.M. Q. innuere voluit.

D. L. B. L.

F I N I S.

